La condition juridique de la Femme mariée

en droit civil valaisan et en droit civil suisse

Thèse présentée à la Faculté de Droit de l'Université de Berne pour l'obtention du titre de Docteur en droit

Par

VICTOR DEFAGO, avocat

de VAL D'ILLIEZ

La femme aimante est le véritable ange gardien de l'homme. La femme pédante est une dissonance.

FRANZ LISZT.

MONTHEY

IMPRIMERIE MONTHEYSANNE

1926

La condition juridique de la Femme mariée

en droit civil valaisan et en droit civil suisse

Thèse présentée à la Faculté de Droit de l'Université de Berne pour l'obtention du titre de Docteur en droit

Par

VICTOR DEFAGO, avocat
de VAL D'ILLIEZ

La femme aimante est le véritable ange gardien de l'homme. La femme pédante est une dissonance.

FRANZ LISZT.

MONTHEY
IMPRIMERIE MONTHEYSANNE

1926

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

A mes Parents

En dédiant notre thèse à la mémoire de nos parents, nous l'offrons aux personnnes qui, en secret, nous ont soutenu pendant son élaboration et qui nous ont réconforté au cours de nos recherches en nous aidant de leurs encouragements et de leurs conseils ; aux quelques intimes qui, se réjouissant de l'aboutissement de nos patients efforts, nous adressaient, au lendemain de notre promotion, le gracieux hommage de leurs félicitations ; à ceux et à celles qui nous liront, nous comprendront et, peut-être même, nous devineront. La rencontre de ces idées générales qui sont au fond de tout et dont le règne n'aura jamais de fin, rendra moins sensible la distance qui sépare nos modestes essais des grands modèles sur lesquels nous avons eu, sans cesse, les yeux fixés. Et nous souhaitons que nos compagnons, nos rares amis, nos maîtres, trouvent ici quelque image de celui à qui leur affectueuse estime a fait la vie la plus heureuse et la plus douce. Nous acquittons de notre mieux notre dette envers eux, si l'on peut payer une dette accrue chaque jour, durant les persévérants travaux que nous publions aujourd'hui.

V. D.

PARTIE HISTORIQUE

Nous devons tout de suite un aveu : le législateur, lorsqu'il a fixé les rapports de la femme et de la loi, s'est souvent oublié et a manqué de galanterie. Le mariage, néanmoins, a toujours été considéré comme une institution sociale des plus importantes. Son histoire est l'histoire d'une relation dans laquelle les femmes ont graduellement triomphé des passions, des préjugés et des intérêts égoïstes des hommes. Nous allons esquisser, à grands trais, quelle a été la condition de la femme mariée au cours de l'histoire[1]).

I. EN GRÈCE

A Sparte, le mariage était réglé dans un but essentiellement politique. Dans l'esprit du législateur, sa pudeur et sa sainteté avaient fléchi devant la raison d'état. C'était le résultat de certaines coutumes : l'enlèvement symbolique ou simulé de la jeune fiancée ; l'obligation pour le jeune mari de ne voir, pendant un temps déterminé, sa femme que clandestinement ; l'indulgence même que rencontrait l'enlèvement réel de la fiancée d'un autre. Le fait que le mariage était réglé essentiellement dans un but politique, devint plus manifeste encore dès que l'on vit le désintéressement facile de la fidélité conjugale des femmes, alors que l'utilité du corps social était en jeu. La question d'individualité passait donc à l'arrière plan.

Il en fut, sans doute, de même dans la très primitive Athènes. Seulement, Athènes se détacha plus vite du passé, s'ouvrit plus facilement aux innovations et le mariage put ainsi prendre une évolution plus rapide. C'est ainsi que, une fois le mariage individuel institué, Athènes ne s'en désintéressa plus. La femme devait avoir un maître. Ce maître était, en premier lieu, le père ; à défaut du père, le frère de celui-ci héritait de ce droit et il pouvait marier, d'autorité, l'orpheline. Avant le mariage, cette fonction de tutelle du maître appartenait, à Athènes, au plus proche parent mâle, quel qu'il fût.

[1]) Letourneau p. 412.

Dans le droit attique, la femme était mariée, légitimement, par le père d'abord, puis par le frère du père ou par l'aïeul paternel. Le mariage n'était légitime que si la femme était donnée en mariage par son tuteur légal, fût-ce le père, l'oncle paternel ou l'aïeul paternel. De son vivant, le père pouvait marier sa fille à sa volonté, la léguer par testament comme et avec ses biens. Une fois mariée, la femme avait, comme tuteur naturel, son mari. Autorisée par son père à renoncer au culte de ses aïeux, l'épousée était dégagée de tous liens avec sa famille ; elle ne devait plus sacrifier qu'aux dieux et au foyer de son mari, dans la maison duquel elle devait accomplir les rites pour bien marquer qu'elle avait changé de famille.

En donnant sa fille en mariage, le père lui constituait une dot, selon l'usage. Cette dot était la caractéristique du mariage légitime. Le mari n'en avait que la jouissance. Elle était inaliénable, garantie par les biens de l'époux, ce qui assurait, au moins, la subsistance de la femme, si subordonnée au bon plaisir du mari.

Une fois dans son ménage, la femme jouait un rôle très effacé. Reléguée au gynécée, habituellement exclue de toute communication avec le dehors, elle ne participait guère à la vie publique. Le mari ne voyait en elle qu'une servante. La stricte fidélité était pour elle un devoir. La femme mariée restait mineure et sans l'autorisation de son mari, elle ne pouvait ni aliéner ses biens, ni s'obliger. Plus tard, les femmes prirent leur revanche dans la Grèce mercantilisée, quand la propriété, mobilisée à outrance, put s'accumuler entre les mains du plus habile, du plus chanceux, quand les femmes purent largement posséder. Beaucoup plus tard encore, dans l'Athènes civilisée, quoique l'union libre sévit fortement, le mariage légitime se maintint. La dot était restée son privilège et sa marque. Tout en demeurant dans l'ombre du gynécée, en obéissant, en tout, à son mari, la femme était devenue la maîtresse de la maison, aussi bien que lui en était le seigneur. D'elle même, elle s'était élevée, peu à peu, au rang d'épouse et de mère.

II. EN DROIT ROMAIN

A Rome, l'idée dominante du droit fut toujours une idée de puissance. La volonté manifestée du citoyen libre et indépendant, tel était le principe consacré par la loi.

Dans le droit primitif, tout se rapportait exclusivement au pater familias ; en lui s'absorbait et se résumait la famille. Lui seul était une personnalité de droit ; sa volonté, telle était la loi des siens. La fille romaine était ainsi la propriété de son père qui pouvait en disposer à sa volonté. Il avait, en particulier, le droit de la fiancer et de la marier. Ce mariage était conclu sur la base d'un achat de la jeune fille par son futur époux, après quoi la tradition était une formalité indispensable par laquelle le père détachait sa fille de son propre foyer. Puis, avait lieu la confarréation qui faisait intervenir la religion dans la célébration du mariage. L'épouse était conduite devant le foyer, où tous les dieux domestiques et les images des ancêtres étaient groupés autour du feu sacré. Les deux époux faisaient un sacrifice, versaient la libation, prononçaient quelques prières et mangeaient ensemble un gâteau de fleur de farine. C'est ce gâteau qui faisait l'union sainte de l'époux et de l'épouse. La femme acquérait les mêmes dieux, les mêmes rites, les mêmes prières, les mêmes fêtes que son mari[1]). Une vie commune, indissoluble, était ainsi créée.

Ces noces par confarréation donnaient au mari la manus sur sa femme. Cette manus était, pour certains jurisconsultes, l'expression d'une force matérielle, comme si la femme était placée sous la main brutale de son mari ; pour d'autres, elle impliquait l'idée, plus juste, selon nous, d'autorité, dérivant de croyances religieuses qui plaçaient l'homme au-dessus de la femme. Quel qu'en fût le sens, la manus était la base du mariage romain légitime, des justes noces patriciennes. Et la femme entrait in manu mariti. Dans cette condition, elle avait le titre de mater familias. Ce droit de la manus, acquis ainsi par le mari, était l'équivalent de la puissance paternelle, à laquelle il succédait. La femme in manu était légalement considérée comme la fille de son mari ; par la suite, comme la sœur de ses enfants et si

[1]) de Coulanges p. 47.

son mari était lui-même fils de famille, elle devenait la petite-fille du pater familias. La femme perdait ainsi, en devenant l'agnate de ses enfants, tous les droits d'agnation dans sa propre famille.

Quant aux biens de la femme, ils passaient à l'origine in manu mariti. Le mari devenait propriétaire de tous les apports de sa femme, même de sa dot, à moins de stipulation du père, décidant que la dot lui ferait retour si sa fille mourrait, ou était répudiée. Ordinairement cette dot était une somme d'argent constituée à la jeune fille, par sa famille et confiée au mari qui n'en devait toucher que l'intérêt. Au début c'était un don facultatif, non une obligation pour les parents ; mais le père finit par être obligé de doter sa fille pour faciliter son mariage. En même temps qu'un avantage pécuniaire, la dot était un signe d'honorabilité ; elle distinguait l'épouse de la concubine. La femme sans dot était par cela seul, méprisée. A mesure que diminua la solidité du lien conjugal, que disparut la sécurité des dots confiées aux maris, avec l'organisation subséquente du système dotal, la situation de la femme mariée fut améliorée ; l'épouse obtint certaines garanties pécuniaires ; la dot fut entourée de précautions légales et la restitution des biens de la femme en cas de divorce, de la dot à la dissolution du mariage, fut stipulée. La loi Julia de adulteriis alla jusqu'à défendre d'aliéner la dot de la femme, même avec le consentement de celle-ci. Peu à peu se constitua le régime dotal qui séparait nettement les deux patrimoines, prohibait les donations entre époux, interdisait à la femme de s'obliger pour son mari, de lui restituer la dot pendant le mariage. Tel fut le régime, une fois complété par Justinien. Il établissait que l'idée essentielle de la dot ne devait pas être que la femme apportât au mari les biens qu'elle possédait, mais bien que le mari, au lieu de devenir maître absolu de ses biens, était tenu de les conserver et de les restituer à la dissolution du mariage. Chacun des époux avait, par là, son patrimoine séparé ; chacun contribuait, pour sa part, aux charges du mariage et l'union conjugale était une association du plus fort et du plus faible, mais non l'absorption du plus faible par le plus fort.

La qualité de fille, à l'égard du mari, avait pour l'épouse une grande importance relativement à ses droits héréditaires.

Elle succédait au mari au même rang que les filles de son conjoint. Le mari était tenu, s'il faisait un testament, d'instituer ou d'exhéréder sa femme comme heres sua. A défaut de testament, elle venait au premier rang des héritiers ab intestat, toujours comme heres sua et s'il n'y avait pas d'enfants, elle succédait seule à son époux prédécédé, à l'exclusion des autres agnats. Par contre, la femme émancipée, ayant perdu l'agnation dans la famille de son mari n'était plus envisagée comme filiae loco et perdait, du même coup, tout droit à l'hérédité [1]).

De la manus, dérivait primitivement pour le mari un droit de vente et de revendication, peut être même un droit de vie et de mort sur la personne de son épouse. Un tribunal de famille, où siégeaient les parents de la femme, exerçait un certain contrôle sur le pouvoir du mari. Les attributions de ce tribunal domestique, nous sont, du reste, trop imparfaitement connues pour qu'il soit possible de constater jusqu'à quel degré son intervention pouvait entraver la souveraineté du mari, absolue dans l'origine, comme celle du père [2]). La femme s'affranchit, insensiblement de cet assujetissement et Cicéron disait déjà : ,,Les anciennes lois avaient voulu mettre la femme sous l'autorité d'un tuteur; les jurisconsultes ont mis le tuteur sous l'autorité de la femme".

Avec le relâchement des mœurs, l'institution de la manus tomba en désuétude sous les premiers empereurs. Au mariage avec manus succéda un mariage sans manus, indépendant de toute forme contractuelle préalable. Dans cette situation, la femme avait le titre de uxor ou matrona ; elle était soit sui juris, soit sous puissance paternelle et, dans ces deux éventualités, elle restait étrangère à la famille de son mari. Néanmoins, la puissance maritale existait nécessairement de fait, mais limitée par la puissance paternelle, puisque la femme restait, en droit, sous le pouvoir de son père, soumise à la juridiction domestique. La femme mariée sans manus appartenait, en même temps, et à son mari et à sa famille ; la puissance paternelle, d'une part, la puissance maritale de l'autre, concouraient sans s'exclure.

---

[1]) Piaget p. 13.
[2]) Bridel p. 65.

La fortune de la femme s'était développée et, du même coup, l'autorité maritale s'était affaiblie. La riche héritière apportait sa dot à son cupide mari, mais à la condition de garder son indépendance et sa liberté. Dans ce mariage, la dot était une imitation volontaire et partielle des conséquences régulières et forcées du mariage avec manus. Pour le reste de leurs patrimoines, les deux époux demeuraient en principe, indépendants l'un de l'autre, aptes à faire entre eux les mêmes actes qu'ils auraient faits avec des étrangers.

La femme avait donc l'avantage de rester libre ; mais, d'un autre côté, l'agnation n'existant pas, elle n'acquérait aucun droit de succession ab intestat à l'égard de son mari. Il n'y avait aucun lien civil et, par conséquent, aucune institutio heredis obligatoire en sa faveur. Cette situation qu'on appelle, de nos jours, mariage libre, entraînait la privation de tous droits à la succession de l'époux.

D'autre part, au point de vue des rapports moraux, si le mari devait protection à sa femme, la femme devait le respect à son mari. Le mariage romain avait fini par devenir, vraiment, suivant la belle expression latine : consortium omnis vitae, la mise en commun de la vie toute entière, l'intime union de deux destinées. La matrone romaine était entourée du respect général ; elle était, dans toute la force du terme, la compagne de son mari ; elle prenait son rang ; participait aux honneurs officiels qui lui étaient décernés et elle avait, jusque dans les élections, un rôle actif et militant.

Et pourtant le législateur avait jugé nécessaire de protéger la femme contre les dangers que présentaient une certaine catégorie d'actes juridiques : les actes d'intercession qui devaient lui être rendus difficilement accessibles. Déjà les édits d'Auguste et de Claude contenaient l'idée selon laquelle il était interdit aux femmes mariées d'intercéder pour leurs maris. Puis le Senatus Consulte Velleien, rendu pendant la période qui sépare l'avènement de Claude de celui de Vespasien, probablement en l'an 46 après J.-C., reprenait et développait cette même idée. Mais il étendait l'interdiction aux intercessions de toutes les femmes, mariées ou non. Cet acte s'inspirait en premier lieu d'une idée de défiance envers le sexe féminin. A cette époque se dessinait un mouvement d'émancipation de la femme ; celle-ci

acquérait dans l'état une place de plus en plus influente que le Sénat jugea exagérée et dangereuse. Le Velleien fait partie d'une série de mesures prises contre la femme pour restreindre son activité publique, pour lui interdire certains offices civils. C'est ainsi que l'on refusa à la femme le droit de postuler, de tenir une banque, de témoigner en justice et d'intercéder pour autrui. La femme, à peine libérée de la puissance du pater familias, était frappée d'incapacité non plus comme fille ou comme sœur, mais comme femme. La cause de son incapacité, c'était son sexe : fragilitas, imprudentia, imbecillitas sexus.

On aurait cependant tort de voir dans le Velleien une mesure prise exclusivement contre la femme ; une idée de protection de celle-ci inspire certainement cet acte législatif. Précisément à l'époque où la femme s'émancipait dans le domaine du droit civil et devenait plus libre de contracter des obligations, on sentit la nécessité de la protéger contre les dangers nouveaux, issus du développement de la vie économique.

Pour que le Velleien fut applicable, il fallait un engagement de la femme ou des biens ; elle devait être intervenue en voulant faire une simple avance, non pas dans son propre intérêt, mais avec une idée de recours, dans le cas contraire, il n'y avait pas intercession, car il y avait eu pure libéralité. Bien plus, le senatus consulte n'était pas applicable quand le créancier était plus digne d'intérêt que la femme. En revanche, la femme ne pouvait pas renoncer à l'application du senatus consulte.

Justinien vint y apporter de sérieuses modifications. Il renonça à traiter uniformément toute intercession de la femme ; il établit le point de démarcation entre les intercessions d'une femme mariée au profit de son mari et celles d'une femme mariée ou non au profit d'un tiers. Il renforça l'interdiction des premières et affaiblit celle des secondes par la novelle : Si qua mulier.

L'intercession de la femme pour le mari restait toujours frappée de nullité. La validité des autres actes d'intercession dépendait de l'observation d'une forme spéciale : l'obligation devait être constatée dans un écrit public signé de trois témoins ; la renonciation par la femme au bénéfice de la nullité, était admise pour autant qu'elle ne traitait pas en faveur de son mari.

L'incapacité créée par Justinien ne tenait pas au sexe, mais à la position de femme mariée ; elle n'était plus fondée sur des raisons d'ordre public, mais sur des rapports de famille et des intérêts d'ordre privé ; elle était destinée à remplir un but analogue à celui de l'inaliénabilité dotale [1]).

III. DROIT GERMANIQUE.

Tant pour la partie allemande que pour la partie française de la Suisse, et ceci s'applique au Valais, les origines de l'incapacité juridique de la femme doivent être recherchées dans le droit germanique.

Chez les Germains, la femme était sous tutelle de sa naissance à sa mort ; la tutelle était exercée d'abord par le père, ensuite par le mari, à leur défaut, par un parent qui pouvait être le fils ; à défaut de parent, par le roi. Cette tutelle perpétuelle, cette puissance d'autrui s'appelait le mundium et celui qui l'exerçait était le mainbourg. En lui se reflétaient les manifestations et les déclarations de son pupille.

Pour le père germanique, cette puissance sur sa fille était réduite à un droit pécuniaire qu'il fallait lui racheter quand on épousait sa fille. Lors du mariage, primitivement un contrat de vente et d'achat, avec les formalités usitées pour la transmission des choses mobilières, le mundium passait au mari acquéreur qui devait le payer pour en devenir, de cette façon, le possesseur. Tacite remarque, avec quelque étonnement, que le mari, loin de recevoir la dot de sa femme, lui en apporte une[2]) ; il ne s'aperçoit pas que la prétendue dot est seulement le prix de la femme payée à ses parents. Et exactement comme la femme romaine passait de la puissance de son père à la manus du mari, la femme germaine passait, à son tour, du mundium paternel au mundium marital ; toujours elle était sous tutelle. Dans cet état du droit, la femme ne pouvait acquérir des biens qui ne devinssent pas immédiatement la propriété de son mari. Sans

[1]) Gampert p. 69-71 ; Gide p. 183.

[2]) Tacite p. 18 : Dotem non uxor marito, sed uxori maritus offert.

l'autorisation de son époux, l'épouse ne pouvait ester en justice, acquérir, aliéner, hypothéquer, contracter aucune obligation. Cette tutelle maritale était, de sa nature, un avantage pour le mari ; son effet essentiel consistait en ce que la fortune de la femme passait aux mains de son conjoint qui en devenait l'administrateur, qui en usait dans son intérêt personnel, conformément au principe fondamental du droit germanique, statuant que dans le mariage il ne saurait y avoir d'administration séparée, mais bien une fortune unique sous la seule gérance du maître de la maison [1]).

Cette même tutelle ne laissait aucune liberté d'action à la femme mariée, pour autant que par elle, les droits du mari auraient pu être atteints. Toute diminution de la fortune de la femme portait préjudice aux droits exclusifs d'administration et d'usufruit qui incombaient au mari. Voilà pourquoi la femme n'avait pas la libre disposition de sa fortune [2]). Cette autorisation constante à laquelle l'épouse était obligée de se soumettre n'était qu'un privilège pour l'époux dans le but d'éviter tout acte de disposition quelconque qui aurait pu s'accomplir contre son gré.

Plus tard, le prix de la femme devint un douaire qui, après avoir été aliénable avec le consentement du mari, prit le nom de dot et resta propriété de la femme comme récompense singulière de sa beauté virginale [3]). Elle avait aussi certains droits pécuniaires ; mais elle ne restait pas moins toujours plus ou moins mineure. En vertu de la puissance maritale, le mari avait les pouvoirs les plus étendus ; maître de la maison et seigneur de la femme, sa juridiction quasi absolue ne rencontrait d'autres limites que le conseil de famille, dont l'intervention pouvait se manifester dans certains cas et finit par devenir toujours plus fréquente. Avant qu'une loi sociale vint à régler et restreindre l'absolutisme du mari, celui-ci avait, entre autres droits, celui de répudier sa femme, de la renvoyer à sa famille primitive et même de la vendre. Il l'avait achetée, il pouvait, à son tour, en transmettre la propriété à autrui [4]).

---

[1]) Schultz p. 41.

[2]) Schultz p. 41.

[3]) Pretium pulchritudinis. Præmium defloratae virginitatis.

[4]) Bridel p. 75.

Le mundium se transforma peu à peu, sous l'influence de l'Eglise et des mœurs. Au lieu de représenter l'autorité du fort sur le faible, la tutelle du mari changea de caractère. Elle prit, petit à petit, la forme d'une institution protectrice des droits de la femme. Ceux-ci augmentèrent peu à peu et on constate, au cours du moyen âge, que dans certaines régions, la femme était associée aux affaires du mari ; elle pouvait, si elle était commerçante, intenter une action judiciaire, sans son autorisation [1]).

Parlant de la transformation de la situation juridique de la femme, un auteur s'exprime comme suit : ,,Si j'essayais, ici, de tracer l'histoire complète de la puissance paternelle, j'écrirais l'histoire d'une royauté qui, de despotique et perpétuelle, est devenue tempérée et temporaire et qui a vu, en outre, son domaine dont l'étendue était à l'origine très large, se circonscrire et se fermer. Le père de famille a perdu une immense catégorie de sujets : les esclaves. En outre, son pouvoir sur sa femme s'est singulièrement atténué. La famille, c'est la société primitive, la société toute entière ; le mari-père, c'est l'autorité primitive, l'autorité toute entière. De la famille est issue une société plus large ; de la puissance paternelle est issue la puissance sociale [2]). Ces deux forces se sont contrariées ; l'Etat, en prenant plus de vigueur, diminue l'autorité du père, tant au point de vue économique, qu'au point de vue individuel [3]).

Le résultat de cet état de choses consistait en ce que la femme n'était donc pas civilement incapable. Etait-elle propriétaire, sa capacité s'exerçait sans que la présence d'un tuteur fut nécessaire et cela, pour autant que des motifs restrictifs n'entraient pas en considération ; elle pouvait, de même, se porter caution pour son mari et participer au développement des affaires commerciales [4]). Cet état de choses se maintint, partiellement au moins, jusqu'au XVI^me^ et XVII^me^ siècles. A la fin du Moyen Age déjà, se manifesta la tendance d'introduire une tutelle du sexe. Lorsque la puissance domestique disparut, on craignit de proclamer l'indépendance générale de la femme,

[1]) Droin p. 25.
[2]) Paul Viollet p. 417.
[3]) Huber IV. p. 300.
[4]) Huber IV. p. 292 et suivantes.

parce que les relations augmentaient, parce qu'aussi les affaires se compliquaient et devenaient de plus en plus difficiles. On chercha, dès lors, de nouvelles raisons de consolider la tutelle domestique et la tutelle maritale, pour les généraliser ensuite. Ces motifs se découvrirent dans l'inaptitude de la femme de conclure des contrats importants, de gérer sa fortune sans porter atteinte à ses intérêts et dans son incapacité de discerner le vrai du faux, le juste de l'injuste. C'est sur cette base que fut définitivement et sévèrement instituée la tutelle du sexe. On en vint même à soutenir qu'elle se trouvait en „continuelle minorité". Toutes ces considérations eurent pour conséquence un changement dans la situation juridique de la femme mariée. La tutelle maritale n'a jamais, il est vrai, renoncé à son caractère autoritaire ; mais les principes de représentation et de protection furent de plus en plus perceptibles et la situation de la femme fut, de la sorte, améliorée ; en sa qualité de tuteur, le mari avait l'obligation de représenter son épouse dans tous les intérêts juridiques et pour autant que sa capacité civile était restreinte, il devait la compléter.

Et quels étaient les droits de la femme dans les communautés matrimoniales du droit germanique ? De même que dans l'ancien droit romain, ils étaient in manu mariti, dans l'ancien droit germanique ils se trouvaient sous le mundium marital, conséquence naturelle de la vieille organisation de la famille où le mari achetait sa femme, où il n'existait qu'un patrimoine unique entre ses mains. Puis, à mesure que cette organisation se relâcha, les droits de la femme arrivèrent peu à peu à se faire jour. La femme germaine que les idées chrétiennes et les influences civilisatrices élevèrent lentement à un niveau supérieur, ne tarda pas à prendre sa place, au sein de la communauté de famille. La notion d'achat s'affaiblit ; le prix primitif se fixa et devint symbolique : il tomba dans le cérémonial du mariage. Mais le mari continua à remettre une somme qui n'était plus à proprement parler, un prix d'achat ; ce don du mari, c'était la dot au sens germanique. La constitution d'une dot n'en était pas moins toujours considérée comme une condition de validité du mariage. La femme que son mari n'avait pas dotée n'était qu'une concubine et l'église s'efforça de faire prévaloir cette doctrine, si bien qu'à défaut d'une dot conventionnelle, une dot

légale était établie. Parallèlement à la dot, les lois moyenageuses parlaient souvent d'un don fait par le mari à la femme le lendemain du mariage ; c'était le don du matin. Il constituait de la part du mari, une ratification de l'union conjugale, une renonciation au droit de répudier sa femme dans le cas où, selon l'expression biblique, elle ne trouvait pas grâce devant lui ; les cas étaient ceux où elle avait des vices cachés, car le fiancé ne connaissait généralement pas sa fiancée. Dans la réaction chrétienne contre la facilité du divorce, le don du matin, perdant sa primitive raison d'être se transforma en appoint de la dot germanique ; il finit par se confondre avec la dot elle-même pour former le douaire. Ils se concentrèrent sur la tête de la femme au lieu d'aller en partie enrichir son père ou son mainbourg. C'est ainsi que se forma entre époux la communauté des biens régie par des règles particulières. Ce régime avait pour assise historique initiale ce fait : une femme sans dot et sans droits successoraux. Sur cette donnée s'ébaucha et s'édifia le régime de la communauté et ce système ne fut que le développement, la transformation de certains usages germaniques. Ce développement et cette transformation s'épanouirent parmi les mœurs simples et chrétiennes et la communauté acquit immédiatement une force singulière. Tout d'abord, régime matrimonial des marchands, puis celui des serfs et des roturiers, la communauté s'étendit aux nobles eux-mêmes et finit par se généraliser. Elle existait de plein droit entre le mari et la femme. Non seulement les apports se concentraient, mais ils se fixaient à une quote-part déterminée. Mais le régime de droit commun n'était pas seulement une communauté de biens légale ; c'était une communauté de vie, une communauté de fait toujours palpable, saisissable.

Quant aux causes qui firent de la femme l'associée du mari, elles étaient d'ordre économique plutôt que d'ordre moral. L'apport de la femme s'accrut, soit que la valeur de son travail eut augmenté, soit surtout qu'elle eut plus d'accès à la succession paternelle. Des droits plus étendus lui furent reconnus dans le mariage, l'unité du patrimoine et l'énergie de la puissance de son chef ne cessant de s'affaiblir. Il fut donc possible soit de lui réserver des biens séparés, soit de la considérer comme copropriétaire avec son mari, de certains biens. Cela

n'empêchait pas que le mari, mainbourg de sa femme, était par ce fait même, le chef de la communauté. Il pouvait administrer seul les biens de la femme et ceux de la communauté ; il disposait même entre vifs, des meubles et des revenus ainsi que des conquêts immeubles. Les mœurs apportèrent à cette rigueur du droit une atténuation d'une grande importance. Une évolution, due entièrement à la jurisprudence et à la pratique modifia le caractère primitif de la communauté en multipliant les garanties et les privilèges dans l'intérêt de la femme, pour servir de contre-poids aux pouvoirs très étendus du mari. Les sentiments chrétiens élevèrent la femme au niveau de l'homme et lui assurèrent en réalité le rôle actif d'associée en second et de conseillère quant aux biens. Cette communauté de fait, cette communauté d'occupations et de soins journaliers, source partielle de la communauté juridique entre mari et femme fit naître de très bonne heure l'usage pour le mari et la femme d'agir toujours en commun, d'agir à deux. En fait, ce n'était pas le mari seul qui, au moyen âge, disposait des acquêts, c'était le mari et la femme agissant en commun. Ce n'était pas le mari seul qui ordinairement, faisait une acquisition nouvelle, un conquêt, c'étaient le mari et la femme agissant en commun. Pour deux séries d'opérations, le concours du mari et de la femme n'était plus seulement d'usage, il était de droit rigoureux et de nécessité pratique presque absolue ; d'une part, le mari n'avait pas le droit de vendre le propre de sa femme sans l'octroi de celle-ci ; d'autre part, il ne pouvait guère mieux aliéner son propre à lui-même, sans l'intervention et le consentement de cette dernière, car elle avait sur les propres du mari, à l'origine, une part indivise de propriété, puis un droit au douaire, présentant pour elle un intérêt considérable. Deux modes de fixation se dessinèrent de bonne heure ; de ces deux procédés de fixation dérivèrent deux systèmes de communauté de biens : ce furent la communauté universelle et la communauté d'acquêts.

A l'origine, la femme ne succédait pas à la fortune immobilière de ses parents ; en outre, une fois mariée, elle perdait ordinairement tout droit successoral. Il en résultait que lui accorder ici un quart, là un tiers, ailleurs encore la moitié de toute la fortune du mari, c'était lui attribuer en gros cette même quote-part sur l'ensemble des biens qui se trouvaient entre les

mains des époux, puisque tous les immeubles dont ils jouissaient venaient du mari. Et lorsque la femme cessa d'être exclue des successions immobilières, l'usage de faire ainsi masse de tous les biens dont les conjoints avaient la jouissance, se maintint d'une façon assez persistante. Et ce fut la communauté universelle. Ce régime, en opposition avec le principe de la conservation des propres dans la famille, a été néanmoins assez répandu. Il n'a pu s'établir que dans des milieux urbains où les droits de la famille sur les biens immobiliers étaient en pleine décadence, dans les milieux ruraux où les propres n'étaient pas connus. Il était parfois malaisé de le distinguer d'une forme du régime sans communauté, exagérant les pouvoirs du mari au point de lui permettre de disposer même des immeubles de la femme et attribuant la totalité du patrimoine commun au conjoint survivant, quel qu'il fût, sauf à rendre ces biens indisponibles entre ses mains.

Mais dans le système de la communauté universelle, le droit de la femme au tiers ou à la moitié de la fortune commune confondait le plus souvent deux éléments qui, sur d'autres points, restaient séparés et s'appelaient alors communauté réduite aux meubles et aux acquêts et douaire. Cette communauté réduite aux meubles et aux acquêts devint le droit commun de la France coutumière et s'appliqua dans une grande partie de l'Allemagne. Les propres ou biens de famille n'y étaient pas compris, mais les meubles des deux époux y entraient et se confondaient ; le mari pouvait en disposer et, à cet égard, il jouissait des mêmes prérogatives que sous le régime matrimonial antérieur à la communauté ; les conquêts réalisés durant le mariage en faisaient partie, ce qui était rationnel puisque le travail ou la fortune des époux contribuait à leur production ; si les acquêts antérieurs au mariage restaient en dehors, c'est qu'ils étaient destinés à former des propres. La part de la femme dans cette communauté réduite était en général de moitié ; parfois, elle était seulement du tiers. Cette communauté coutumière semblait imposée aux parties qui n'étaient pas libres d'en adopter une autre. Des clauses très variées vinrent la modifier, dans la pratique. Il se forma ainsi, peu à peu, une communauté conventionnelle qui fut une adaptation du régime ordinaire aux circonstances particulières du mariage. Le principe de la liberté

des conventions matrimoniales fut de ce fait proclamé. Cette liberté n'était cependant pas illimitée, car il ne fut jamais licite d'établir l'inaliénabilité dotale. Dans les classes riches, tout au moins, la rédaction d'un contrat de mariage était fréquente ; les parents des époux y assistaient, même quand ces derniers étaient majeurs, soit pour en discuter les clauses, soit pour leur faire des libéralités, soit pour régler leurs droits héréditaires. En cas de minorité des époux, la présence des parents parut constituer une sauvegarde suffisante de leurs intérêts. Ils étaient tenus pour capables de faire les conventions d'usage, dans les contrats de mariage. Ces arrangements de famille, véritables traités, moins entre deux individus qu'entre deux parentés constituaient la charte du nouveau ménage ; ils devaient être conclus avant le mariage, car alors seulement la liberté des contractants était entière ; une fois arrêtés, ils ne pouvaient plus être modifiés. Cette immutabilité des conventions matrimoniales était un effet de la liberté y relative et de la faveur due au mariage lui-même.

Au point de vue successoral, la femme ne paraît pas avoir eu d'autres droits que les gains de survie qui s'étendaient sur le douaire. Par là, on entendait cette partie des propres du mari sur laquelle la veuve avait un droit de jouissance sa vie durant et aussi ce droit de jouissance lui-même. Le douaire avait été le résultat de la fusion de la dot germanique et du don du matin. Il constitua d'abord une compensation donnée à la femme en retour de son apport et lorsque celui-ci était nul, un moyen de l'empêcher de tomber dans la misère. A ce moment là, en effet, la femme sans ressources pouvait facilement tomber, à la merci des héritiers de son mari, presque dans la situation d'une esclave.

L'Eglise s'y montra favorable et la coutume le rendit obligatoire. Cela paraissait d'autant plus nécessaire que la femme était dans une plus étroite dépendance de l'homme ; ses droits de succession dans sa famille naturelle étaient souvent fort réduits et le peu de biens qu'elle avait risquaient d'être dissipés durant le mariage, dans l'intérêt du mari ; rien ne l'empêcha à un moment donné, de les aliéner ou de s'obliger pour lui ; les revenus qu'ils produisaient ou les acquisitions qu'ils servaient à réaliser ne lui profitaient pas ou ne lui profitaient que dans une

faible mesure sous l'ancien régime matrimonial exclusif de communauté. Il est donc facile de se représenter la situation embarassée dans laquelle pouvait se trouver une veuve âgée au décès de son mari. Aussi, le douaire était-il souvent son unique ressource. Il frappait d'inaliénabilité les biens du mari dans les pays de coutume, comme le régime dotal rendait inaliénables les biens de la femme en pays de droit écrit. Le mari ne pouvait en disposer sans le consentemeut de la femme et d'ailleurs les propres ou bien de famille étaient de ces choses dont il était difficile de se dépouiller. Dans la dernière phase de l'ancien droit, le régime des biens avait changé ; la communauté entre époux s'était généralisée et le plus souvent il suffisait à la femme d'avoir sa part de communauté. Néanmoins la communauté pouvait être mauvaise. Le mari risquait d'abuser de ses pouvoirs pour la dissiper ou pour mal administrer les propres de sa femme. Le douaire empêchait ces dangers qui du reste s'atténuèrent à mesure que les garanties dans l'intérêt de la femme se développaient. Il était destiné à permettre à la veuve de vivre honorablement, selon la condition de son mari, de garder son rang dans la société. La veuve noble exclue de la succession paternelle y avait des droits tout particuliers. Le douaire s'inspirait en somme d'une idée d'intérêt plus tôt que d'une pensée et d'un témoignage d'affection, car jamais le mari ne reçut un avantaage correspondant.

Il y avait d'une part, le douaire légal ou coutumier, admis de plein droit par la coutume et, d'autre part, le douaire conventionnel qui résultait des engagements pris par le mari. L'Eglise et la coutume faisaient au mari un devoir de doter sa femme et celle-ci ne pouvait pas renoncer au douaire légal par contrat de mariage. Le douaire conventionnel excluait le douaire légal ; mais il était interdit de le constituer durant le mariage de crainte qu'il ne servit à dissimuler des libéralités entre époux. Il pouvait être inférieur au douaire coutumier, mais non le dépasser : égal ou inférieur, il l'excluait également et comme les coutumes ne fixaient pas de minimum, le douaire de la veuve risquait d'être fort réduit par suite de conventions particulières ; ce caractère choquant disparut le jour où il fut permis à la femme de renoncer à son douaire par contrat de mariage.

Le douaire lui-même était de la moitié ou du tiers de la

fortune du mari ; la quotité du tiers était fréquente dans les familles nobles ; le droit à la moitié était généralement appliqué chez les roturiers. Ce fut le douaire à la moitié qui prévalut ordinairement dans le dernier état du droit. L'assiette du douaire coutumier était exclusivement le patrimoine propre du mari, non compris les meubles et acquêts, contrairement à ce qui pouvait être attendu. Mais sur les meubles et conquêts de mariage, ce droit se convertit en droit de communauté, ce qui laissait au mari la libre disposition de cette catégorie de biens. Communément le douaire ne portait que sur les propres dont le mari était investi lors du mariage ; il fut constitué sur les propres présents et futurs, suivant une très ancienne pratique. Fréquemment le père, en consentant au mariage, consentait aussi à affecter les biens de famille au douaire et de ce fait un grand nombre d'immeubles étaient frappés d'indisponibilité. Le sentiment des nécessités pratiques, joint au désir de ne pas soustraire les propres à la gestion des parents, à qui ils appartenaient conduisit souvent à substituer le douaire en argent, spécialement sous forme de rente, au douaire en nature. Il était tout naturel que les parents ayant pris part de la sorte à la convention du douaire, la femme ait un droit direct sur leur fortune.

Le douaire conventionnel, portant sur des biens déterminés, fut d'abord considéré comme la propriété de la femme ; mais le mari en conservait durant le mariage la propriété, l'administration et la jouissance ; il en était de même à plus forte raison, du douaire coutumier qui portait sur une quotité précise des biens du mari. S'il ne perdait pas la propriété du douaire, il n'avait qu'un droit de disposition limité. Il ne pouvait par aucun acte, à titre onéreux ou gratuit, priver la femme de son douaire. Quand il aliénait les biens qui en étaient grevés, l'aliénation, inattaquable durant le mariage, n'était pas opposable à la femme lors de sa dissolution. Dans ce cas il résultait que si le douaire était conventionnel, la femme survivante avait le droit de revendiquer le propre aliéné et que si le douaire était coutumier, la femme survivante ne revendiquait les biens aliénés par le mari qu'à défaut de propre dans la succession. De tout temps, les aliénations faites par le mari avec le consentement de la femme furent validées. Il était cependant à craindre que l'assentiment de la femme ne fut pas toujours libre. Dans la période féodale

déjà, les renonciations de la femme étaient autorisées, à condition qu'elles aient eu lieu sous serment, et quand le douaire était conventionnel, à charge de remploi. Alors que la femme ne pouvait, durant le mariage, abandonner son douaire en bloc et d'un seul coup, elle risquait toutefois d'être amenée à le perdre en détail, par voie de renonciations successives, au fur et à mesure des aliénations faites par le mari. Au seizième siècle, le serment tomba en désuétude. Le remploi proprement dit fit place à la récompense ou remploi légal et finalement la garantie de la femme consista dans une hypothèque portant sur les biens héréditaires entre les mains des héritiers et sur les biens aliénés entre les mains des tiers acquéreurs.

Mais ce n'était qu'à la mort du mari seulement que le droit s'ouvrait au profit de la femme, car il était de règle que: ,,jamais mari ne paya douaire''. Les biens sujets au douaire conventionnel étaient connus d'avance. Au contraire, il y avait lieu de partager les propres du mari pour savoir quels étaient ceux sur lesquels portait le douaire coutumier, D'après certaines coutumes, la ,,douairière lotit et l'héritier choisit''; d'autres donnaient à la femme le choix des biens. Le droit de la femme, en particulier sur le douaire conventionnel, consista d'abord en une véritable propriété, tantôt perpétuelle, tantôt viagère; celle-ci prévalut et se transforma sous l'influence de théories romaines en simple jouissance ou usufruit que l'on entendit d'une façon large. Le douaire était franc, disait-on. Aussi la veuve n'avait-elle pas à payer de relief; elle ne contribuait pas aux dettes mobilières de la succession de son mari; enfin, dans beaucoup de coutumes, elle ne donnait pas de caution.

Telle fut la métamorphose du douaire, consommée au XIII^{e} siècle déjà. Elle s'explique à merveille par le développement des droits successoraux de la femme; son droit au douaire s'affaiblit, à mesure que ses droits successoraux s'affermissent. L'ensemble des droits de la femme se composa dès lors de deux parts dont la nature juridique était très différente: un douaire viager et une part de propriété dans les meubles et les acquêts[1]).

[1]) Paul Viollet p. 660 et suivantes; Brissaud p. 715 et suivantes; Huber IV p. 290 et suiv.; p. 386 et suiv.; p. 555 et suiv.

IX. EN DROIT VALAISAN.

Le droit valaisan de cette époque fit hardiment siennes de telles conceptions. Considérez, nous dit un auteur, combien souvent ailleurs la législation du XVI[e] siècle a violemment supprimé les vieux us et coutumes ; voyez les longs et stériles débats entre les docteurs et les états, les chevaliers et les paysans, pour essayer de se donner un droit satisfaisant, et vous avouerez que ces gens du Valais, par un labeur calme et suivi, ont su bien intelligemment fusionner leur ancien droit populaire allemand avec le droit romain dans une œuvre qui peut supporter la comparaison avec les meilleures codifications du temps, et qui même les dépasse bien souvent par la clarté de l'idée et la sobriété de la rédaction [1]).

En effet, le mari était le tuteur de sa femme, il avait la possession et l'usufruit de tous ses avoirs, à l'exception des immeubles qui ne pouvaient être aliénés qu'avec le consentement de l'épouse. Ce consentement était-il donné, le mari avait l'obligation d'en acheter d'autres de valeur équivalente[2]). D'elle même, la femme mariée ne pouvait ni vendre, ni acheter, ni paraître en justice, en un mot, faire aucun contrat, assumer aucune obligation, sans être autorisée et accompagnée de son mari, qui était son curateur légitime et qui avait la libre administration de sa fortune [3]). Cette autorisation protectrice du mari finit par devenir suspecte ; on considéra comme urgent de prémunir la femme mariée contre toute influence néfaste que son mari pourrait avoir sur elle en l'engageant dans une idée de lucre, à faire des contrats désavantageux et préjudiciables. Pour toutes les affaires importantes et particulièrement lorsque les intérêts des deux conjoints étaient opposés, on faisait appel aux parents ou à un tuteur extraordinaire. Pour l'exécution des obligations de la femme vis-à-vis des tiers et celle des tiers vis-à-vis de la femme, le consentement du mari suffisait. Ce consentement était-il refusé, le juge, après avoir appelé le mari, convoquait le conseil de famille pour délibérer sur la nécessité de donner un curateur à la femme,

[1]) Heusler p. 27.

[2]) Heusler p. 225 et 321 ; art. 44, Statut 1514 et art. 119, Statut 1571.

[3]) Heusler p. 217 et 322. Cropt p. 77 et 78 ; art. 31, Statut de 1514, et art. 121, Statut de 1571.

avec le consentement duquel elle pourrait agir. En revanche, quand la femme intercédait pour son mari, spécialement lorsqu'elle faisait un cautionnement en sa faveur, elle ne pouvait agir : ,,sans être accompagnée et autorisée par deux de ses plus proches parents et héritiers présomptifs, sous nullité du cautionnement ; celles qui étaient mariées à des étrangers, devaient avoir, outre l'autorisation des dits parents, l'approbation du juge, sous peine de pareille nullité''. Il était, en outre, déclaré : ,,qu'un juge ne pouvait autoriser une femme pour contracter à son préjudice, sans être accompagnée de ses plus proches parents, le droit des maris, en certains cas, étant ici réservé suivant l'article des statuts'' [1]). D'autre part, le mari avait-il, par flatterie, pressé sa femme de donner ou de vendre ses biens, soit à son préjudice, soit à celui de ses héritiers, la donation et la vente étaient nulles et de nul effet. Enfin, le mari qui dissipait les biens appartenant à son épouse, était mis sous curatelle.

Les agissements inconsciencieux des maris étaient donc redoutés car, l'assentiment donné par la femme dans de pareilles circonstances, n'émanait pas d'une volonté libre. C'est pourquoi on voua une attention spéciale aux promesses dangereuses et inconsidérées, attention qui restreignit énergiquement la capacité civile de la femme mariée. Puis s'adjoignirent d'autres prescriptions qui firent reconnaître que non seulement la tutelle du mari, mais encore d'autres raisons, inhérentes à la nature de la femme, avaient donné lieu à tant de restrictions à son égard.

A cette même époque, les femmes passaient pour des êtres si inférieurs qu'elles ne pouvaient même pas être entendues comme témoins dans les procès civils ou criminels. La femme, disait un adage, n'a pas la permission de parler.

V. DROIT DE LA RÉVOLUTION.

Au XVIII[me] siècle, la parole de la femme en justice continua à demeurer un peu suspecte [2]). Un savant procureur du Chatelet, Denizart, s'est exprimé à cet endroit avec une candeur

[1]) Stat. Val. p. 185 ; au XI Revision des Abscheids de 1773.

[2]) Univ. des Ann. p. 81 et 82 ; Conférence de Raymond Poincaré, sur la Femme et la loi.

déconcertante. ,,C'est une erreur, a-t-il dit, de prétendre comme le fait le vulgaire que les dépositions de deux femmes ne se comptent que pour moitié de celles d'un seul témoin mâle. Il n'y a aucune loi qui donne moins de poids à une déposition qu'à l'autre. Cependant comme le témoignage des femmes peut être plus léger et plus sujet à variations, on y a ordinairement moins d'égard qu'à celui des hommes".

La Révolution française eut des velléités de se montrer plus aimable. L'Assemblée Constituante avait été saisie d'un projet de loi ainsi libellé : ,,Tous les privilèges du sexe masculin sont entièrement et irrévocablement abolis dans toute la France. Le sexe féminin jouira des mêmes libertés, des mêmes avantages et des mêmes droits que le sexe masculin. Le genre masculin ne sera plus regardé dans la grammaire comme le plus noble, attendu que tous les genres, tous les êtres doivent être et sont également nobles". Les grammairiens s'opposèrent-ils à cette grande réforme ? C'est possible; en tous cas, ils furent aidés par Mirabeau. Que l'ombre de Sophie lui pardonne ! Mirabeau n'était pas féministe. L'homme et la femme, disait-il, jouant un rôle entièrement différent dans la nature, ne pourraient jouer le même rôle dans l'ordre social ; et l'ordre éternel des choses ne les fait concourir à un but commun qu'en leur assignant des places distinctes. Enlever ces êtres modestes et dont la retenue fait le plus grand charme, du cercle des habitudes domestiques, les transporter au milieu des hommes et des affaires, c'est vouloir oblitérer cette exquise sensibilité qui constitue, pour ainsi dire, leur essence ; c'est tout confondre ; c'est en voulant les flatter par de vaines prérogatives, leur faire perdre de vue les avantages dont elles peuvent embellir leur existence; c'est les dégrader et pour elles-mêmes et pour nous". Ainsi parlait Mirabeau.

La femme ne devait donc pas être l'égale de l'homme. Elle ne saurait, cependant, plus représenter l'être fragile, incapable de se conduire elle-même, l'éternelle mineure des législations primitives. Mais l'envelopper encore de tout un réseau de mesures étroites, destinées à la protéger, moins peut-être contre les usurpations des hommes que contre ses propres défaillances, telle devait être la préoccupation essentielle de toute législation.

Après la Révolution, le Directoire, avec Gambacérès à sa

tête, avait établi des projets qui appelaient la femme à gérer, concurremment avec le mari, les biens de l'association conjugale. Mais sous le Consulat, la main puissante de Bonaparte s'appesantit sur la besogne commencée. La Commission subit l'influence dominatrice du premier consul qui, on le sait, n'était pas tendre pour les femmes. Il faut, disait-il, que la femme sache qu'en sortant de la tutelle de son père, elle entre sous la tutelle de son mari, lequel doit avoir un empire absolu sur les actions de sa femme. Le mariage était, ainsi, considéré comme une association de personnes et de biens qui doit être administrée par un gérant unique et responsable, détenteur privilégié de toute l'autorité. La femme était réduite à une condition subalterne ; le mari finit par devenir non seulement le gérant d'une association de biens, mais, en même temps, le maître d'une association de personnes. Et contrairement à ce que l'on aurait eu le droit d'attendre, la tutelle maritale fut maintenue avec toutes ses conséquences. La femme mariée, loin d'acquérir une situation plus libre, plus indépendante, dut se résoudre de continuer à requérir l'autorisation de son mari pour tout ce qui la concernait. Cela nous explique la grande connexion qui a toujours existé entre le principe de l'autorisation maritale et le système de la communauté d'acquêts du droit valaisan.

VI. EN DROIT SUISSE.

En Suisse, les droits de la femme se sont développés vers le milieu du XIX^me^ siècle. Dès 1850, époque caractérisée par un grand développement industriel et commercial, certaines lois d'émancipation de la femme ont été promulguées et ont reconnu à celle-ci la faculté d'exercer une profession ou une industrie et par conséquent lui ont permis, dans certains cas, de se soustraire à la tutelle [1]). La tutelle du sexe resta néanmoins en vigueur jusqu'à une époque très récente, sous forme de tutelle exercée sur la femme mariée. Chose étonnante, son état d'incapacité subsista non à cause de son sexe, mais à raison de son mariage qui, à lui seul, constituait un motif de restriction de sa capacité civile.

[1]) Bull. Sténogr. XV^e^ année p. 660.

En Suisse allemande, le système de la tutelle maritale s'implanta partout. Dans la règle, le mari agissait comme représentant de sa femme dans toutes ses affaires juridiques. Quand elle voulait conclure un contrat, la coopération des autorités de tutelle était de rigueur. Ce n'était qu'exceptionnellement et dans des limites étroites, que la femme avait l'exercice de sa capacité civile. La réglementation de sa situation, celle de son régime matrimonial engendraient des droits stricts et il ne pouvait y être dérogé par convention que très rarement pour ne pas dire jamais. Là, la liberté du contrat de mariage n'existait pas ou dans une mesure fort restreinte seulement et la loi elle-même réglementait souverainement et instituait expressément des biens réservés en faveur de la femme ; cette réserve était fixée tantôt par l'énumération des droits qui lui étaient reconnus, tantôt par la formule générale que les biens réservés étaient soustraits à la tutelle maritale.

Dans la Suisse romande, le système français plus loin exposé fut adopté spécialement à Genève et dans le Jura-Bernois, puis dans une mesure déjà moins prononcée, dans les cantons de Neuchâtel, Fribourg, Vaud et Valais. Fribourg et Vaud [1]) établirent des dispositions protectrices spéciales, aux termes desquelles, pour une série de contrats, la femme mariée devait être munie non seulement de l'autorisation de son mari, mais encore de celle de deux de ses plus proches parents [2]). Ici, c'étaient les pays de la liberté des conventions matrimoniales ; pas de réglementation légale des biens réservés, le législateur estimant avoir assez fait en facilitant la constitution par convention des parties.

Il faut reconnaître d'emblée ce que cette situation avait de déplorable pour la femme dépourvue des moyens matériels ou moraux nécessaires pour obtenir de son futur époux la conclusion d'un pareil accord ; même restreinte aux hardes les plus indispensables, la réserve légale des cantons alémaniques nous paraît infiniment supérieur aux simples possibilités, trop souvent platoniques, offertes par le droit des cantons romands ; ceci nous paraît d'autant plus exact que la plupart de ces derniers retenaient indirectement bien fort ce qu'ils semblaient octroyer

[1]) Art. 117 et suiv. Huber I p. 277 et 278.

[2]) Dans le canton de Vaud, cette autorisation fut abrogée par une loi de 1900.

généreusement, d'autre part, alors que, proclamant la liberté des conventions matrimoniales, ils réservaient sitôt après impérieusement les droits du mari sur la personne et les biens de la femme[1]). Sous cette réserve d'ailleurs essentielle, les droits des cantons romands rendaient possible en principe une constitution de biens réservés.

La tutelle du sexe ne fut définitivement abolie, dans notre pays, qu'en 1881, par l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur la capacité civile. Et dès cette époque, il ne fut plus question d'incapacité civile de la femme, hors mariage. L'égalité de droit, relative à l'exercice de la capacité civile était ainsi établie pour les deux sexes, conformément à l'article 1 de la dite loi, décrétant que la majorité s'acquiert par le mariage. C'était là une contradiction flagrante avec les principes de tous les droits cantonaux qui disposaient que la conclusion du mariage a justement pour conséquence une restriction de l'exercice de la capacité civile de la femme mariée, ce qui est du reste sanctionné par la réserve faite à l'art. 7 de la même loi, suivant laquelle la capacité civile des femmes mariées est régie, durant le mariage, par le droit cantonal, sous réserves des dispositions de l'article 35 C. O. relatives aux femmes commerçantes.

Il n'est pas facile de dire pourquoi et comment la conclusion du mariage a pu avoir un effet semblable. Le mariage, en lui-même, ne saurait amoindrir en rien la connaissance des affaires de la femme. Au contraire, il faut admettre que celui qui est considéré comme capable de s'unir par les liens du mariage, acte important de la vie, d'en assumer toutes les charges et les responsabilités s'y rattachant, doit être reconnu apte à gérer ses affaires, à administrer sa fortune. Il n'est pas nécessaire d'entrer dans de grands détails pour se convaincre que la relégation de la femme mariée était en opposition choquante avec les principes d'union et de coopération harmonieuses entre le mari et la femme, pendant le mariage et qu'un anachronisme de cette nature aurait dû être évité. Contrairement à notre attente il ne le fut pas.

Et maintenant si nous comparons un peu quelle est la situation réservée à la femme mariée dans les différents pays qui nous entourent, nous constatons que toutes les lois récentes,

[1]) C. C. F. 1387 et 1388 ; c. c. v. art. 1042 et 1043 ; C. C. V. art. 1269 et 1270 ; C. C. N. art. 1135 et 1136.

d'accord avec les opinions des temps modernes, ont amélioré le sort de la femme, économiquement et juridiquement, en reconnaissant le principe de sa capacité civile. Les cantons suisses par contre, respectueux des traditions, ont conservé les restrictions établies par les usages et les coutumes. Roguin cherche d'une façon poétique à justifier cet état de fait : ,,Dans les pays à configuration semblable à celle de la Suisse, dit-il, les idées, du passé subsistent à l'abri des montagnes, comme les plantes sauvages dans les creux des rochers, tandis que dans la plaine, elles sont détruites par la culture, les vents et les courants de toute sorte[1])".

VII. EN DROIT MODERNE.

Dans le droit moderne, nous trouvons des législations qui ont conservé certaines traces de l'ancienne tutelle maritale. Ainsi, dans son article 213, le C. C. F. souligne la prépondérance du mari : ,,Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari". Conformément à l'art. 215, elle ne peut ester en justice, sans son autorisation, même si elle est marchande publique ou non, commune ou séparée de biens. L'article 217 prescrit que la femme ,,ne peut donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre gratuit ou onéreux, sans le concours du mari dans l'acte ou son consentement par écrit". Enfin, l'art. 222 contient un vestige de l'ancien droit d'intervention du roi. ,,Si le mari est interdit ou absent le juge peut, en connaissance de cause, autoriser la femme soit pour ester en jugement, soit pour contracter[2])". Le code civil italien renferme également certaines dispositions basées sur le principe de l'incapacité civile de la femme mariée. Aux termes de l'art. 134, la femme ne peut donner, aliéner des immeubles, hypothéquer, emprunter, céder ou toucher des capitaux, se porter caution, ni transiger, ni ester en justice, relativement à de tels actes, sans l'autorisation du mari. Cette autorisation peut être générale ; elle est révocable. Elle n'est plus nécessaire, lorsque la femme est légalement séparée aux torts du mari ou lorsqu'elle

[1]) Roguin ; Régime matrimonial p. 178.
[2]) Droin p. 27 et 28.

est commerçante. L'autorisation maritale peut être remplacée par celle de la justice civile (art. 136). Les époux se doivent mutuellement fidélité et assistance ; ils demeurent ensemble (art. 130). Le mari est le chef de la famille ; la femme est tenue de l'accompagner, partout où il juge à propos de s'établir (art. 131).

L'art. 1353 C. C. all. prescrit que „les époux sont tenus l'un envers l'autre, de mener une vie conjugale commune". D'après l'art. 1354 : „au mari revient le droit de décision dans toutes les affaires relatives à la vie conjugale commune ; il fixe notamment le lieu de la demeure et la demeure. La femme n'est pas tenue de donner suite à la décision du mari s'il est prouvé que la décision constitue un abus de son droit ; la femme mariée possède en droit allemand, non seulement la capacité civile, mais encore la faculté, en vertu d'une disposition expresse de la loi, de s'occuper dans certains cas, des affaires du mari et de le représenter. En effet, l'art. 1357, al. 1 stipule que „la femme a le droit dans le cercle de ses occupations domestiques de prendre soin des affaires du mari, à sa place et de le représenter. Les actes juridiques qu'elle accomplit, dans ce cercle d'occupation, sont réputés l'avoir été au nom du mari, à moins que le contraire ne résulte des circonstances". Le droit de la femme peut être restreint ou exclu par le mari.

Le féminisme, nous le voyons, imprègne depuis des siècles le développement législatif du monde civilisé. Le XX^me^ siècle en voit l'épanouissement ridicule et fatal dans plusieurs de ses manifestations. En effet, à chaque étape que fut l'élaboration d'un code, au cours des longs travaux législatifs qui aboutirent à la promulgation du C. C. S. de nombreuses voix parfois très éloquentes, se sont élevées pour revendiquer l'émancipation complète de la femme, au nom de la justice et de l'humanité. Mais ne nous abusons pas ; à la base de ce mouvement féministe, il ne faudrait pas voir que des motifs désintéressés ; de nombreux adhérents le conduisent au nom de l'intérêt mieux entendu de l'union conjugale, pas toujours au nom de la femme seulement.

„Pense-t-on que la société, qui ne peut s'enrichir et prospérer que par les efforts combinés de tous les membres, trouve son compte à frapper quelques-uns d'entre eux d'impuissance et d'inertie[1]), s'écrie l'un deux ; puis un autre défenseur con-

[1]) Gide p. 523.

vaincu des droits de la femme définit le féminisme „ une doctrine d'affranchissement et de réorganisation tendant à une réforme générale des femmes, non seulement au point de vue de la femme elle-même, afin de lui assurer la garantie de ses droits et la protection de ses intérêts, mais encore pour le grand bien de la famille et de l'humanité[1])".

Empressons-nous, après tant d'autres, de reconnaître que ces deux points de vue méritent de retenir l'attention du législateur, vu l'influence capitale qu'exerce le sexe féminin sur toute la vie sociale. Ainsi, lorsqu'il intervient, dans la législation du travail, pour prémunir la femme contre l'excès des fatigues physiques et pour lui ménager au foyer, quelques heures de repos ou de travail tranquille, il fait à la fois œuvre d'hygiène et de morale, il défend la vitalité de la race et assure la dignité de la vie domestique. Et l'on a pu dire, avec raison, qu' « à chaque pas nouveau fait par la femme vers l'égalité, l'on a vu les mœurs publiques s'épurer et s'adoucir »[2]).

Cette question de la condition privée de la femme étant très complexe, nous nous bornerons à constater simplement le progrès réalisé jusqu'ici, avec la reconnaissance de l'individualité féminine et la disparition graduelle de toute différence de traitement, à raison du sexe. Il ne s'agit plus, dès lors, de la femme en général, mais du sort réservé à la femme mariée, épouse et maîtresse de maison.

Le problème soulevé, le plus délicat et le plus discuté est celui de savoir : « si la femme mariée doit être libre et indépendante dans la société civile, doit-elle et peut-elle l'être dans le mariage[3]) ». Nous ne saurions, pour le résoudre, nous borner à suivre la phalange, sans doute, généreuse, des féministes, mais trop souvent distante de la réalité. L'aversion croissante des jeunes gens pour le mariage, la désagrégation de la famille, la méconnaissance, déconcertante parfois, par la femme, de ses attributions naturelles pourraient bien aboutir, un jour, à une réaction sévère, dont elle sera la victime. Que la jeune femme se rappelle que demain elle trouvera d'austères devoirs à remplir au foyer domestique ; ce ne seront pas les seuls, ce ne seront, peut-être, pas les plus durs, car elle ne mènera pas tout

[1]) Bridel : Trois études sociales et juridiques. 1905.

[2]) Gide. p. 523.

[3]) Gide p. 527.

à fait, à notre époque, l'existence calme, discrète et cloîtrée de nos grand'mères et de nos grand'tantes. Ces devoirs multiples qui s'imposeront à elle, soit dans la maison, soit dans la société, elle n'aura, le plus souvent, pour s'en acquitter, qu'à interroger sa conscience. Et malgré les constatations un peu amères que nous faisions tout à l'heure, sur la réponse qu'elle lui fera, nous ne voulons pas être trop inquiets.

Il serait, d'autre part, contestable, de soutenir que la femme du XX^me^ siècle jouit de tous les droits compatibles avec la meilleure marche de la société. Trop souvent encore, elle est fondée à se plaindre de la situation qui lui est faite et à aspirer à mieux. Ce que nous avons cherché à établir, c'est qu'à vouloir s'en tenir à un idéal sans considération sérieuse de la réalité, on risque beaucoup de dépasser le but visé. Nous admettons d'une part, la nécessité d'une amélioration de la condition de la femme mariée ; nous repoussons, d'autre part, les déclamations et exagérations. Et, à cet endroit de notre exposé, nous devons faire une triple distinction.

Tout d'abord, l'union conjugale a un caractère moral aussi bien qu'un caractère juridique et les lois actuelles ne laissent pas de relever, d'une manière ou d'une autre, le côté moral de l'institution. De nos jours, une tendance contraire voudrait que la loi se bornât à traiter des effets juridiques. Il semble cependant désirable de tenir compte des effets essentiellement moraux du mariage, au moins dans la mesure où l'absence de ces effets peut exercer une certaine influence sur l'union conjugale et justifier, éventuellement, une action en divorce ; c'est pourquoi, le projet de 1904 parle d'un devoir mutuel de fidélité et d'assistance[1]). Toutes ces prévisions du projet sont devenues l'art. 159 du code actuel, que nous étudierons plus loin, en détail.

Ensuite, quant à l'existence des droits personnels de la femme mariée, le même projet ne touchait pas cette question ; il ne renfermait aucune disposition expresse reconnaissant à la femme l'exercice de ses droits civils. Mais ce silence de la loi impliquait une solution affirmative de la question[2]). « Vous connaissez, a dit M. Gottofrey[3]), la solution à laquelle s'est arrêté le projet. Il admet que la femme mariée est pleinement ca-

[1]) Motifs p. 131.
[2]) Message. p. 26.
[3]) Bull. Sten. XV. année. p. 660

pable. Cette solution est justifiée. Si la femme est capable, au moment du mariage, on ne comprend pas pourquoi elle doit être frappée d'incapacité par le mariage. Le mariage ne peut pas la dépouiller de son intelligence ; il ne peut que développer son expérience des affaires. Or, le développement de l'intelligence et l'expérience des affaires sont les réquisits auxquels la loi s'attache pour admettre la capacité civile. Il faut, par conséquent, admettre et proclamer le principe de la capacité civile de la femme mariée ». Il est admis dans notre code civil ; il n'est restreint que dans la mesure où, par suite de la nature spéciale de l'union conjugale, des restrictions ont paru nécessaires. C'est ainsi qu'au point de vue économique, une direction unique s'impose, en l'espèce celle du mari, seul capable d'éviter des contestations et l'intervention incessante du juge dans tous les actes de la vie conjugale. La femme s'imposera tous les sacrifices nécessaires à sa prospérité. Quoique se donnant, avant tout à sa tâche domestique, elle pourra, cas échéant, assurer sa vie et sa prospérité en y consacrant ses ressources individuelles. Si, « associée au destin de la communauté conjugale la femme se doit à celle-ci »[1]), elle n'en reste pas moins capable, sous réserve des restrictions légales, de déployer toutes les ressources manuelles et intellectuelles qu'elle possède. Si, par contre, cette mise en valeur des ressources personnelles devait tomber entre les mains d'un mari incapable et vicieux, la protection des droits personnels de la femme est augmentée et affermie par le fait qu'elle peut agir en provoquant l'intervention des autorités de tutelle ou par une demande en divorce, le tout dirigé contre son conjoint oublieux de ses devoirs et de ses responsabilités. C'est là le bienfait essentiel des innovations de notre législation. Car, renvoyer la femme délaissée ou maltraitée aux sanctions de la morale, seulement, équivaudrait à dire qu'il n'y a pas de droit[2]).

Enfin, quant à la répercussion du mariage sur les biens, on ne peut guère concevoir une dépendance personnelle absolue alliée à une indépendance pécunaire, alors que l'inverse : une indépendance personnelle jointe à une dépendance économique est chose des plus admissibles particulièrement en matière de mariage. Nous nous trouvons ici en contradiction flagrante avec

[1]) Message p. 27.
[2]) Motifs p. 97.

de nombreux féministes qui voient dans la séparation de biens le corollaire imposé de cette indépendance personnelle[1]). Pour ce qui nous concerne, nous nous insurgeons contre la séparation de biens, parce qu'elle est la négation de toute unité, de toute union entre époux, pour la bonne marche et la prospérité du ménage[2]), parce qu'aussi elle comporte une aggravation de la situation de la femme sans fortune, désormais étrangère à la prospérité du mari. Nous nous associons au contraire à toutes les mesures qui se sont déjà révélées et qui se révéleront sans doute encore, protectrices de la femme, sans qu'elles portent, toutefois, préjudice au but fondamental du mariage : la fondation d'une famille, la création de l'union conjugale, avec les obligations impérieuses s'y rattachant. Nous nous trouvons ici en présence d'un conflit qui se produit entre les intérêts du mariage et ceux de l'individu. L'individu devra faire le sacrifice d'une portion de sa liberté ; se plier à une certaine sujétion que le droit moderne lui-même est forcé de consacrer[3]).

Le législateur fédéral a fait œuvre utile et salutaire en assurant et à la famille et à la femme une réserve pour les jours d'infortune « suprême ressource des familles obérées »[4]) ; en lui laissant un champ d'activité individuelle, tout en sauvegardant les intérêts de l'union conjugale ; en alliant à une plus grande unité dans le mariage une liberté plus grande à l'égard des besoins individuels des époux et en instituant, à cet effet, les biens réservés.

Il a, d'autre part, donné une place d'honneur au mariage qui doit être considéré, à juste titre, comme la base la plus saine et la plus solide de la famille et de tout état normalement organisé. En accordant à l'époux survivant une part importante de la fortune de son conjoint, il a assuré le sort matériel de cet époux, ne voulant plus que la femme surtout passât subitement de l'opulence à la médiocrité, ou de l'aisance à la gêne au profit, exclusif parfois, de parents éloignés ou du fisc.

Ce relèvement de la condition de la femme dans le mariage signifie pour le moraliste comme pour le juriste un égal relèvement de l'homme, lequel voit sa mission s'élever. Toute éman-

[1]) Bridel : La puissance maritale p. 114.
[2]) Subilia p. 14.
[3]) Motifs p. 87.
[4]) Motifs p. 109.

cipation, dans ce domaine, équivaut à augmenter la valeur et la dignité de l'institution du mariage. Mais il ne faut pas oublier qu'entre homme et femme il n'y a ni supériorité, ni infériorité, mais différence ; qu'entre femme et homme il n'y a ni commandement, ni servitude, mais dépendance réciproque.

VIII.
DROIT PUBLIC ET ADMINISTRATIF

Qu'en est-il en droit public et administratif ? Dans ces deux domaines, les victoires de la femme sont, jusqu'ici, moins brillantes, parce qu'elles ont été moins facilitées par les habitudes sociales. Elles sont, cependant, depuis quelques années surtout, nombreuses et significatives. D'abord, des professions qui étaient toujours restées fermées aux femmes ont fini par s'ouvrir à elles. Déjà la science et le dévouement de certaines femmes médecins ont fait tomber bien des préventions ; déjà l'on regrette, avec raison, qu'un plus grand nombre de femmes ne dépensent pas, dans l'exercice de la pharmacie, quelques-unes de leurs qualités ménagères ; déjà même le mérite réel de quelques avocates a étonné le scepticisme et fait taire la raillerie. Le Tribunal fédéral a décidé que les femmes, possédant les diplômes nécessaires, ne pourront plus être exclues de la profession d'avocate en raison de leur sexe, car une telle exclusion est contraire à l'égalité de droit garantie par la Constitution. Dans le canton de Berne, le gouvernement a décidé, en 1919, avec l'assentiment de la Chambre des notaires, d'admettre la femme aux examens et à la pratique du notariat. Puis les femmes ont été admises, soit expressément, soit tacitement, à être aussi bien que les hommes, témoins à l'état civil, dans les tribunaux, voire même dans les actes publics. En matière tutélaire, la femme qui n'est pas elle-même sous tutelle ou qui n'est pas atteinte dans son honneur, peut être appelée à ces fonctions. Les pouvoirs de la mère, après la mort du père, sont réglés en vertu des dispositions sur la puissance parentale et il a été admis également de conférer à l'épouse, dans l'intérêt de l'unité du mariage, la curatelle de son conjoint, lorsque son interdiction devient nécessaire, particulièrement en cas d'aliéna-

tion mentale. Nous approuvons entièrement ces innovations séduisantes et nous ne serions pas surpris de voir, tôt ou tard, la femme se confiner courageusement dans ce rôle de compagne et de collaboratrice. Et nous applaudissons de tout cœur à tous les efforts qui sont et seront tentés pour élargir les droits de la femme, sans cependant la dispenser d'aucun devoir ; à tout ce qui sera entrepris pour faire d'elle non seulement la digne compagne des joies et des douleurs domestiques de l'homme, mais encore la compagne réconfortante de ses occupations sociales et politiques, mesurant ainsi tous deux, d'un même coup d'œil, cette longue carrière de la vie qu'ils doivent parcourir ensemble, la main dans la main, l'épaule contre l'épaule, chacun des deux étant pour l'autre un sérieux appui, un tendre et fidèle soutien... Pendant la guerre mondiale, le mouvement féministe, avec les inévitables amertumes de ses débuts, avec les excès et les erreurs inséparables de tout ce qui est humain, a été la première manifestation de la lutte des femmes contre le désordre actuel.

L'organisation du service social féminin est la seconde phase du combat qu'elles entendent désormais livrer aux puissances de destruction et de ruine, acharnées contre notre société en voie de transformation. Et maintenant que, après avoir fait leurs preuves pendant la guerre, les femmes ont conquis, presque partout, droit de cité, l'ère du féminisme va se clore. Ce n'est plus pour elles-mêmes que les femmes vont lutter, mais comme elles l'ont toujours eu en vue, pour l'enfant, pour la race, pour la famille dont elles sont l'âme, pour le bien public tout entier.

Pareilles à la semeuse symbolique, les femmes vont ainsi, jetant à pleines mains, le bon grain. Elles sèment sans savoir si elles récolteront ; mais elles ont confiance qu'en temps voulu, la moisson mûrira pour le plus grand bien de leur peuple et, en attendant, elles trouvent leur récompense dans leur amour.

Et l'homme, conscient du secours apporté par la femme, à l'heure du péril national, se montre partout accueillant, bienveillant ; il comprend enfin que pour construire un monde nouveau, aucun effort de bonne volonté n'est négligeable et il salue, en sa compagne éternelle, l'annonciatrice de jours meilleurs où,

l'intelligence éclairant le cœur, le miracle des résurrections pourra s'accomplir et où il bénira son effort...

Mais en attendant, pourquoi décourager celle qui fait son devoir avec conscience, qui reste à la maison, filant la laine, ravaudant les bas de ses enfants, luttant vaillamment contre les difficultés de la vie?

Ensuite, la femme aspire à siéger dans les conseils communaux; dans les commissions scolaires; au conseil de paroisse; dans les commissions de secours et de bienfaisance; dans les conseils de travail; elle revendique, enfin sa place dans les tribunaux de prud'hommes[1]). Jusqu'ici elle s'arrête là, sans désespérer d'aller plus loin. Nous ne méconnaissons pas que ces conquêtes et revendications féminines ont quelque chose d'impressionnant. C'est là, pour la femme, bien des honneurs et aussi bien des charges. Il y a certainement des Suissesses qui seraient dignes de recevoir les uns et capables d'assumer les autres. Il y aurait moins de femmes-joujoux et aussi moins d'hommes brutaux jusqu'à la bestialité; ni l'homme ni la femme n'y perdraient et le corps social y gagnerait certainement. Mais nous ne sommes pas très sûrs que nos mœurs politiques, qui manquent de douceur, rendent immédiatement désirable la descente de la femme dans la mêlée.

Si nous avions le don de divination, nous apercevrions, dans les limbes d'une société prochaine, de nouvelles reprises de la femme sur la loi. Rien, semble-t-il, n'arrêtera le mouvement général que nous voyons commencer. Les hommes prendront leur parti d'une évolution fatale et ils auraient bien mauvaise grâce à ne pas le prendre. Mais, ne précipitons rien; laissons faire le temps qui est gentilhomme et qui, à la différence du législateur, est incapable d'un manque de galanterie. Il saura fixer l'heure des changements nécessaires.

La femme n'a aucun intérêt à voir avancer la pendule; elle ne sait pas ce qui l'attend; mais elle sait ce qu'elle a. La situation est charmante, pour elle: la loi lui est rarement favorable; elle l'a souvent contre elle, surtout après le mariage; mais elle la subjugue à force de jolie patience et de subtile opiniâtreté.

Et nous le disons tout bas: Si nous autres hommes nous

[1]) Utilité publique Année 1917.

ne nous empressons pas d'avantage de répondre aux vœux ardents des féministes, c'est que le jour où ils seraient exaucés, une véritable catastrophe s'abattrait sur le génie féminin. Il ressemblerait à un soldat à qui l'on refuserait les occasions de combattre ; il se rongerait dans l'inertie.

La femme a besoin d'une loi un peu maussade pour montrer qu'elle sait vivre avec elle et qu'elle a le cœur dispos et l'humeur accommodante.

La femme a besoin d'une loi un peu rebelle pour montrer qu'elle a une petite âme de dompteuse.

Qu'elle ne maudisse donc pas ni l'âpre langage de la loi ; ni la trahison du juriste, ni la longue indifférence du législateur. Il a travaillé à la gloire et à l'apothéose de celle dans les bras de qui l'enfant boit la jeunesse et l'homme trouve la joie de vivre...

PARTIE DOGMATIQUE.

CHAPITRE PREMIER.

CONDITION DE LA FEMME MARIÉE AU SEIN DE L'UNION CONJUGALE

LE RAPPORT PERSONNEL DES ÉPOUX

Le mariage repose sur la volonté réciproque des fiancés d'établir entre eux le lien conjugal. Ainsi envisagé, le mariage a la même origine que tout contrat. Le législateur le soumet à des formes extérieures solennelles, surtout parce que le mariage est une institution sociale qu'il destine à former la base d'une famille nouvelle. Il ne s'agit pas pour le législateur de décider comment se légitiment les rapports intimes entre deux personnes de sexe différent, mais de règler comment se fonde une famille. C'est pour cela qu'il exige, pour le mariage, des conditions spéciales, qu'il édicte des empêchements, qu'il impose une publicité et des formes solennelles, réduites, d'ailleurs, à une extrême simplicité. Néanmoins, la réglementation de semblables rapports est une tâche délicate pour le législateur. Il s'agit ici, en effet, non seulement d'un domaine juridique, mais aussi d'un domaine essentiellement moral. C'est ce qu'affirme M. Huber en disant que l'union conjugale a un caractère moral aussi bien qu'un caractère juridique. Cette union conjugale est créée par la célébration du mariage, qui engendre un ensemble d'intérêts déployant leurs effets dans les rapports de l'un des conjoints avec l'autre, des époux avec leurs enfants, des époux avec les tiers. Les époux formant ainsi une société, cette so-

ciété a des effets soit au point de vue de la personne des époux, soit au point de vue de leurs biens. En ce qui concerne la personne, d'une manière générale, chaque époux doit s'imposer tous les sacrifices nécessaires à la prospérité de l'union conjugale ; en ce qui concerne les biens, les deux époux doivent consacrer tout ou partie de leur patrimoine à l'entretien de la famille et des enfants.

L'union conjugale existe, qu'elle que soit la situation des époux, que le mariage soit consommé ou non ; qu'il y ait des enfants ou qu'il n'y en ait pas ; que les conjoints aient un domicile commun ou séparé. L'union conjugale n'a pas d'existence juridique distincte des époux ; par conséquent, elle ne forme pas une personne juridique. Les obligations qui naissent de cette union ne la grèvent pas, mais sont à la charge de l'un ou de l'autre des conjoints, parfois même des deux. L'union conjugale peut être plus ou moins resserrée ; elle peut comprendre un maximum de vie commune dans les cas normaux et un minimum de vie commune dans les cas anormaux, par exemple lorsque les époux vivent séparés, soit en vertu d'un jugement en séparation de corps.

Pour éviter, dans la mesure du possible, un relâchement du lien conjugal, il existe des moyens destinés à permettre à l'autorité d'intervenir et de tenter d'empêcher, dans l'intérêt des deux parties et de la famille, que les époux recourent à la solution extrême de la séparation de corps ou même du divorce. C'est là le but des mesures protectrices de l'union conjugale qui constituent une innovation heureuse du code fédéral. Nous devons remarquer en effet, dit M. Gottofrey, que si le mari est le chef de la famille, si la femme jouit de la capacité civile, il faut empêcher qu'ils abusent de leurs droits ; ni l'un ni l'autre ne doit perdre de vue, dans l'exercice de ses droits, les intérêts supérieurs de la famille. Il est donc nécessaire que soit à l'égard du mari, soit à l'égard de la femme, il y ait des mesures protectrices de l'union conjugale. Suivant l'état actuel des législations cantonales, la femme sans doute n'est pas dépourvue de toute protection, mais cette protection, n'est pas réglée, à notre avis, d'une manière assez nuancée, assez délicate[1]).

L'intervention du juge, en pareilles circonstances, doit être discrète. Le magistrat ne peut agir d'office ; il ne peut intervenir

[1]) Bull. sten. XVme année p. 661.

que sur la demande du conjoint lésé. Cette règle garantit toute sécurité à ceux qui redoutent une ingérence abusive de l'autorité judiciaire dans les affaires intérieures des ménages. Le juge doit chercher à ramener l'époux coupable à ses devoirs et s'il n'y réussit pas, il doit prendre les mesures propres à sauvegarder les intérêts de l'union conjugale[1]).

Sans qu'une nécessité absolue s'impose, il ne paraît cependant pas superflu de caractériser, dans le texte de la loi, la nature morale des relations conjugales. C'est ce qu'a fait le code civil valaisan, qui prescrit à son art. 88 que les époux se doivent mutuellement fidélité ; c'est ce que fait également, aujourd'hui, le code civil suisse, disposant à son art. 159 : „La célébration du mariage crée l'union conjugale. Les époux s'obligent mutuellement à en assurer la prospérité d'un commun accord et à pourvoir ensemble à l'entretien et à l'éducation des enfants. Ils se doivent l'un à l'autre fidélité et assistance". La loi astreint ainsi, intentionnellement, les conjoints à des devoirs moraux réciproques. Ce n'est pas que par la promulgation de semblables dispositions une base soit créée pour le droit matrimonial ; mais les cas seront fréquents et nombreux, dans la vie pratique, où son utilité se révélera. Elle sera particulièrement avantageuse pour le juge, soit dans les procès en divorce, soit dans la procédure en conciliation. Il pourra, de la sorte, baser ses décisions sur le texte même de la loi. Il semblait désirable de tenir compte des effets essentiellement moraux du mariage, au moins dans la mesure où l'absence de ces effets peut exercer une certaine influence sur l'union conjugale et justifier, éventuellement, une action en divorce. C'est pourquoi ce devoir mutuel de fidélité et d'assistance a été sanctionné par le code fédéral.

Ceci nous amène à constater la réciprocité des droits qui existe, entre les deux époux, au sein de la communauté. Par le mariage, ils se donnent entièrement l'un à l'autre. Il en résulte que toutes les questions communes doivent être vidées d'un commun accord, entre le mari et la femme, celle-ci étant la compagne de son époux et considérée comme telle par la loi valaisanne. En cas de divergences d'idées, le mari avait, soit en considération du sexe, soit en considération du développement historique du droit matrimonial, un droit de décision péremptoire.

[1]) Droin p. 16 et 17.

En droit valaisan, le mari devait protection à sa femme. Aussi était-ce pour lui un devoir spécial de la protéger et de la défendre contre toute oppression. C'est pourquoi le mari était autorisé de poursuivre, même en son propre et privé nom, la réparation de l'injure faite à sa femme. En revanche, la femme devait obéissance à son mari. L'association conjugale ne pouvait subsister sans la prééminence de l'un des époux, prééminence que la loi valaisanne attribuait au mari et que la femme elle-même reconnaissait en s'unissant à lui. Mais ce pouvoir n'allait pas jusqu'au droit de la maltraiter. Suivant l'opinion d'un commentateur, cela aurait été contrevenir au précepte qui veut que le mari aime sa femme comme lui-même[1]). Notre code a-t-il eu quelque influence sur ce rapprochement entre obéissance et amour? nous l'ignorons. En tout cas, l'amour n'est pas un sentiment qui naisse sur commande et qui puisse prendre la forme revèche d'une obligation juridique; laissons lui sa grâce naturelle, sa fraîcheur et sa spontanéité. Ce devoir d'obéissance, prescrit à la femme, nous rappelle les paroles âpres du premier consul Bonaparte: „Un mari doit avoir un empire absolu sur les actions de sa femme; la nature a fait de nos femmes nos esclaves; le mari a le droit de dire à sa femme: Madame, vous ne sortirez pas; Madame vous n'irez pas à la comédie; Madame, vous ne verrez pas telle ou telle personne, c'est-à-dire: Madame, vous m'appartenez corps et âme". Malgré tout, quelque puissance que la loi valaisanne reconnût au chef nominal du ménage, la femme put et sut toujours tirer à elle, de ses mains délicates, un bon morceau de la couverture. Elle laissait généreusement à l'homme les apparences du pouvoir; elle en reprenait, en tout ou en partie, la réalité. Si bien que les sévérités de la loi, au lieu d'être faites pour l'alarmer n'étaient, en général, qu'un jouet pour sa souplesse et un aiguillon pour son ingéniosité.

Et qu'en était-il, de nos jours, sous l'empire du code fédéral?. Chaque époux est tenu au devoir de fidélité envers son conjoint. Cette obligation possède une sanction légale dans la disposition de l'art. 137. C. C. S. qui autorise l'un des époux à demander le divorce lorsque l'autre se rend coupable d'adultère. Malgré cette sanction, le devoir de fidélité conserve sur-

[1]) Cropt p. 142 et 143.

tout un caractère moral. Il est non seulement violé lorsqu'il y a infidélité matérielle, mais encore lorsque l'un des conjoints mène une conduite telle que l'autre époux peut avoir des doutes sur sa fidélité. Chacun des époux doit se comporter d'une telle façon qu'aucun doute ne soit possible ; s'il n'en est plus ainsi, si la manière dont l'un des intéressés agit est telle que, d'après les apparences extérieures, on puisse avoir des doutes sur sa conduite, l'union conjugale pourra en être profondément atteinte.

Suivant les circonstances, cette conduite dont l'apparence seule serait répréhensible pourrait trouver sa sanction dans une demande en divorce pour cause d'injures ou porter au lien conjugal une si profonde atteinte que la vie commune deviendrait impossible. Le recours au juge, en vertu de l'art. 169, est naturellement réservé[1]).

L'art. 160, al. 1. C. C. S. dispose que le mari est le chef de l'union conjugale. MM. Rossel et Mentha ajoutent, en commentant ce texte : „Ce n'est pas à dire qu'il en soit le seigneur et le maître". La loi qui donne ainsi au mari la charge de défendre les intérêts communs, l'oblige conséquemment, à les gérer. La qualité de chef de l'union conjugale ne s'applique pas seulement aux intérêts matériels de cette dernière, mais aussi à ses intérêts sociaux et moraux. Lorsqu'il y a divergence entre les époux, l'opinion du mari l'emporte. M. Curti nous l'explique comme suit : „Il fallait, cela est évident, établir une règle qui permette de donner une issue aux divergences d'opinion entre époux. Aussi, le code civil suisse, malgré l'égalité de principe, indique-t-il que le mari est le chef de l'union conjugale. Il ne doit pas se considérer comme le seigneur et le maître de sa femme, mais comme le premier entre deux personnes ayant les mêmes droits[2]). Une supposition tendant à faire croire que le mari exerce des droits tutélaires est inadmissible. En désignant le mari comme chef de l'union conjugale, le code fédéral n'a jamais voulu créer un rapport de sujétion pour la femme, il n'a fait que préciser la situation naturelle du mari en lui assignant un rôle prépondérant borné aux intérêts matrimoniaux et limité à

[1]) Droin p. 23.

[2]) Curti p. 137.

l'union conjugale[1]). Le choix du domicile conjugal sera le cas le plus fréquent où le mari devra faire usage de son droit de décision.

Dans la règle, la femme doit accepter le domicile adopté par le mari. Mais nous devons insister sur le fait qu'en cette matière les intérêts et les idées de la femme doivent être pris en considération ; le caractère de cette question, le respect de sa personne exigent que, préalablement, le mari s'entretienne avec son épouse et que, si aucune unité de vue n'intervient, alors seulement, il fasse usage de son droit de décision. La femme ne saurait donc condescendre, à la prétention du mari, de vouloir tout régler, tout organiser, sans égard à son droit de coopération. En cas d'abus de ce droit, elle est fondée à requérir l'intervention du juge, en conformité de l'art. 169 C. C. S.

Si la loi accorde au mari le droit absolu de choisir le domicile conjugal, elle ne lui accorde aucun moyen de coercition direct ou indirect, lui permettant d'obliger la femme à y habiter. Il n'a pas le pouvoir de requérir l'intervention des autorités et de forcer l'épouse à réintégrer la demeure qu'il a choisie. Le code civil suisse ne prévoit pas davantage une obligation d'obéissance de la femme au mari.

Malgré cette absence d'obligation à l'obéissance, la femme, digne de ce nom, ne doit se laisser envahir ni par la vanité, ni par l'orgueil. Epouse, dans la douceur des entretiens où son mari lui livre ses pensées, elle doit éviter toutes les occasions d'ébranler la confiance à laquelle il s'abandonne, en bannissant de son caractère et l'esprit de contradiction systématique et les habitudes d'indépendance par trop dissolvantes qui peuvent hanter son imagination. Et, comme le dit M. Etienne Lamy, la déférence que lui aura value son aptitude à traiter d'égale à égal avec l'homme les choses de la raison, assurera à la femme la place qui doit être la sienne au foyer.

Qu'elle se souvienne bien que si l'imagination est la folle du logis, la vanité en est la sotte et qu'elles seront d'autant plus maîtresses de la maison qu'elle les y laissera en tête à tête, la folle racontant tous ses rêves à la sotte qui les croit tous...

[1]) La règle de l'art. 274 C. C. .S qui accorde l'exercice de la puissance paternelle au père et à la mère, durant le mariage, mais qui donne au mari le droit de décider, à défaut d'entente, est une application de ce principe.

De temps immémorial, la direction et l'entretien du ménage ont été considérés comme les compétences de la femme. Elles finirent par obtenir une sanction légale. Le code civil valaisan envisageait la situation de la maîtresse de maison comme celle de collaboratrice du mari. Celui-ci avait l'administration et la gérance du ménage et de tout ce qui s'y rapportait ; l'épouse devait, dans la mesure de ses forces, coopérer et collaborer. Le code fédéral s'exprime modestement, à cet égard, en disant que : „la femme dirige le ménage". Il consacre donc, par cette disposition expresse, un état de fait qui correspond aux conditions habituelles de la vie, accordant à la femme un droit qui ne peut lui être enlevé sans motif et qui lui permet de requérir, le cas échéant, l'intervention du juge. L'étendue de ce droit sera appréciée suivant les circonstances, la situation sociale des époux, leurs ressources. En sa qualité de directrice du ménage, la femme décide si elle engagera ou non un personnel domestique. Elle a non seulement le droit, mais encore le devoir de diriger le ménage ; cette obligation ne permet cependant pas au mari de considérer la femme comme une gouvernante ou une servante. Une notion semblable serait contraire à la nature du mariage. L'épouse, malgré ses occupations domestiques, est l'égale et la compagne du mari ; la direction de la maison constitue une part importante de sa coopération à la prospérité de l'union conjugale. Le mari ne doit donc pas lui payer un salaire pour ce travail et la femme n'en peut réclamer aucun. Au contraire, elle lui doit, dans la mesure de ses forces, aide et conseil en vue de la prospérité commune.

Dans la maison de son mari, collaboratrice et associée, dans son cœur, elle doit être une reine. D'elle, au milieu des applaudissements du monde, il doit attendre la récompense ; en elle, en dépit de toutes les attaques du monde, il doit trouver la paix. Travailler, aimer, embellir et la vie s'écoule. Quand elle se sera en partie, écoulée, on verra sur les traits de la femme cette paix que donne la mémoire des années heureuses et remplies. Car la femme, à qui la culture de ses facultés a fait une atmosphère de pensées justes et de sentiments nobles, a chance de mesurer mieux la valeur exacte des choses et des gens, de deviner, de goûter les qualités solides, les mérites durables, de céder moins aux caprices des entraînements égoïstes.

CHAPITRE II.

CAPACITÉ JURIDIQUE ET CAPACITÉ CIVILE DE LA FEMME

I. PRINCIPES GÉNÉRAUX

La capacité juridique est une qualité qui n'appartient qu'à des personnes. On ne peut attribuer le nom de personne, dit Charles Brocher, qu'aux individualités revêtues de certaines aptitudes se rapportant au droit et constituant ce qu'on appelle capacité juridique. Une personne est un individu que la loi regarde comme capable d'avoir des droits. C'est le point de vue du droit moderne. Tout individu a des droits, c'est-à-dire que tout homme peut exiger de la société organisée les garanties qui lui sont nécessaires pour atteindre sa véritable destination. Cette destination consiste dans son développement accompli par l'exercice de ses facultés. Mais ce travail d'expansion des forces individuelles n'est conforme au bien général de l'humanité que s'il se fait suivant un certain ordre qui doit être imposé à tout individu, en ce sens que nul ne peut se développer aux dépens d'autrui.

Les hommes ne se rapprochent du but que leur assigne leur vraie nature qu'en vivant en société. Il faut donc que l'usage que chaque homme fait de ses facultés soit conforme au bien de la société et, d'autre part, que la société soit organisée de manière à laisser chaque homme libre de réaliser sa vraie nature. Le droit, dans son sens général, n'est, dès lors, pas autre chose que cet ordre imposé à tous les individus pour que leur libre développement concorde avec le bien de la société. Ce qui n'empêche pas que certains droits particuliers, appartenant à une personne, peuvent subir des restrictions ou même être momentanément, supprimés par suite de certaines relations existant entre cette personne et un autre membre de la société humaine. En outre, une personne peut être privée entièrement de l'exercice de ses droits, par le fait de circonstances extérieures et accidentelles. Ses droits existent ; ils sont intacts ; mais elle ne peut pas les faire valoir par elle-même. Ces considérations nous

amènent à faire une distinction entre la capacité juridique et la capacité civile.

La capacité juridique, dans le sens large, c'est la jouissance des droits civils ; c'est l'aptitude à avoir des droits et des devoirs, d'être sujet de droits et d'obligations. C'est là l'établissement, la consécration du droit de la personnalité, inné chez l'homme et appartenant à tout individu. En conséquence, nous dit l'article 11, al. 2, C. C. S. chacun a, dans les limites de la loi, une aptitude égale à devenir sujet de droits et d'obligations et le code civil valaisan, à son article 6, posait le principe que tout citoyen valaisan jouissait des droits civils, c'est à dire qu'il pouvait soit par lui-même, soit par l'intermédiaire d'un mandataire muni de procuration, exercer les droits appartenant à une personne physique.

La capacité civile, c'est la capacité d'exercer librement ses droits civils, de devenir par ses propres actes, sujet de droits et d'obligations, de se constituer, personnellement, créancier ou débiteur. C'est ainsi que l'article 12 C. C. S. dispose que quiconque a l'exercice des droits civils est capable d'acquérir et de s'obliger. Cet exercice suppose, comme première condition, la jouissance des mêmes droits ; il dépend de la manifestation de la capacité d'avoir des droits, par un acte personnel et pour autant que cet acte peut avoir des effets juridiques. La capacité civile apparaît comme la conséquence logique, comme l'émanation de la capacité juridique. Le résultat pratique de la distinction de ces deux principes consiste essentiellement en ce que l'absence de capacité civile peut être remplacée, tandis que la capacité juridique n'admet et ne peut admettre aucune substitution. En effet, la capacité juridique ne s'exprime que par le sujet lui-même ; de là découlent pour lui des compétences créant des droits essentiellement personnels, excluant justement toute idée de représentation.

En Suisse, la loi du 22 juin 1881 apporta une unification dans ce domaine. Le but de cette loi était de régler uniformément la capacité civile dans son sens le plus strict d'indépendance juridique, en d'autres termes, de limiter d'une manière précise les cas où une personne pouvait être privée de l'exercice de ses droits. Une seule réserve était faite en faveur du droit cantonal, à l'art. 7, qui prescrivait que la capacité civile

des femmes mariées était régie, durant le mariage, par le droit cantonal, sous réserves, quant aux femmes commerçantes, des dispositions de l'art. 35 du code des obligations. Cette citation nous indique que deux faits, que nous avons, du reste, effleurés dans notre partie historique et sur lesquels nous ne reviendrons pas, exerçaient une influence sur la capacité civile : les mariages antérieurs à la promulgation de la loi, d'une part, et d'autre part, le sexe.

En droit moderne, la capacité juridique est reconnue à tout être humain ; l'existence de la capacité civile, par contre, suppose des caractères individuels, des qualités intellectuelles, corporelles et morales qui peuvent diminuer chez l'individu. C'est ainsi que la distinction entre la capacité juridique et la capacité civile est possible.

II. LE NOM DE LA FEMME MARIÉE

C'est un principe universellement admis que par son mariage la femme acquiert le nom de son mari. Autrefois, ce n'était qu'un usage à peu près ignoré de la loi ; aujourd'hui, elle est venue sanctionner ce principe et déterminer les circonstances où la femme n'a plus le droit de porter le nom qui sert d'enseigne à l'association conjugale. L'article 14 du code civil valaisan disposait : „La femme suit la condition de son mari". Elle prenait donc son nom, son rang ; elle suivait sa situation juridique et entrait dans le cercle de ses relations domestiques. A son tour, l'article 161, al. 1, C. C. S. décrète : „La femme porte le nom et acquiert le droit de cité de son mari". La célébration du mariage est nécessaire, mais suffisante. Il en découle que le mariage étant conclu au moment où les fiancés ont répondu affirmativement à l'officier d'état civil, la femme doit signer son acte de mariage du nom de son mari ; d'autre part, la femme ayant acquis, par le mariage le nom du mari ne perd ce nom qu'en vertu d'une disposition expresse de la loi. Cette dernière ne stipulant rien de spécial en cas de dissolution du mariage par la mort du mari, la femme conserve ce nom durant son veuvage. Par contre, si la nullité du mariage est prononcée, la femme reprend son nom de famille[1]). La solution

[1]) Art. 134 C. C. S.

est identique en cas de divorce; l'épouse reprend le nom de famille qu'elle portait avant la dissolution du mariage. Si elle était veuve au moment du mariage, elle peut être autorisée, par le jugement de divorce, à reprendre le nom de sa famille, sinon, elle conserve le nom de son premier mari[1]).

La femme porte le nom du mari quel qu'il soit. S'il change de nom au cours du mariage, par suite d'une reconnaissance de paternité, d'une légitimation, d'une adoption ou d'un jugement, elle prend le nom nouveau. La disposition de l'art. 161 a une sanction légale. L'art. 29 C. C. S. prévoit que celui dont le nom est contesté peut demander au juge la reconnaissance de son droit. En conséquence, si le mari ou les héritiers et la famille du mari contestaient à la femme, après la mort de l'époux, le droit de porter son nom, l'épouse pourrait se faire protéger par le juge en invoquant l'art. 29 C. C. S. Quelle que soit la conduite de la femme, le mari ne peut lui interdire de porter son nom. Sa seule ressource serait de recourir auprès du juge, en vertu de l'art. 169 C. C. S. Celui-ci pourrait simplement prendre les mesures protectrices de l'union conjugale prévues par la loi; mais il ne saurait enlever à la femme le droit de porter le nom du mari.

C'est uniquement par le moyen du divorce que le mari parviendra à enlever ce droit à sa femme, en conformité de l'art. 149 C. C. S. L'art. 49 de la loi fédérale concernant l'état civil, laissait aux cantons le soin d'établir des dispositions législatives à ce sujet. En Valais, la femme ne pouvait pas et ne put jamais perdre le nom de son mari, car le divorce, tel qu'il est envisagé aujourd'hui, n'existait pas. La séparation de corps pouvait seule avoir lieu, en vertu d'un jugement basé sur des motifs graves et dûment justifiés. Aujourd'hui, le pouvoir de recourir au juge, en application de l'art. 169 C. C. S. étant strictement personnel aux époux, le mari sera seul recevable à exercer ce recours. Les héritiers ne peuvent le faire après son décès. Les héritiers du mari et les membres de sa famille, qui portent son nom, ne possèdent aucune action juridique pour obliger la veuve à cesser de le porter. Par contre, les héritiers du mari et les membres de sa famille qui portent son nom pour-

[1]) Art. 149 C. C. S.

ront, après la mort du mari, actionner la femme divorcée qui continuerait à porter le nom do son ex-époux. Ce même droit appartient à la seconde femme d'un mari divorcé, non seulement après le décès de son conjoint, mais encore pendant le mariage, en conformité de l'art. 29, C. C. S.

L'usage accorde à la femme le titre nobiliaire du mari ; en Suisse, où il n'existe pas de titre, cet usage ne peut avoir grand intérêt. Néanmoins, en l'absence de toute disposition à ce sujet, la femme pourrait invoquer, cas échéant, cet usage pour se faire autoriser à porter ce titre. Le cas pourrait se présenter, dans la pratique, lorsque, par exemple, un étranger titré acquerrait la naturalisation suisse. Son titre ne comporterait en Suisse aucun avantage spécial, ni aucun privilège ; cependant, aucune prescription légale n'interdit à l'intéressé de le conserver. Il est un autre usage qui est entré dans les mœurs : celui de donner à la femme le titre professionnel du mari. Cet usage est permis à la condition qu'il ne conduise pas à un abus du titre ayant pour objet l'exercice illicite d'une activité professionnelle.

Contrairement à l'opinion de certains auteurs[1]) la femme mariée ne perd pas son nom de famille. En effet, le nom d'une personne est sa propriété ; elle possède le droit de le porter. En dehors d'une disposition particulière de la loi, on ne perd pas un droit sans une renonciation formelle. Or, la loi ne prescrit nulle part que la femme perd son nom de famille en se mariant, mais simplement qu'elle acquiert ou qu'elle porte celui de son mari. Son nom de famille reste donc sa propriété. Les dispositions des art. 134 et 149 C. C. S. qui déterminent dans quels cas la femme reprend ce nom, démontrent bien qu'elle ne le perd pas car, si elle l'avait définitivement perdu, elle ne pourrait le reprendre. Le mari ne peut empêcher non plus sa femme d'utiliser son nom de famille, durant le mariage, dans des circonstances étrangères à l'union conjugale, par exemple, pour une activité artistique ou littéraire.

La femme conservant son nom de famille peut l'adjoindre à celui de son mari et porter les deux noms. Par contre, le mari n'acquiert pas de droit au nom de sa femme. Un usage,

---

[1]) Curti p. 138 ; Rossel et Mentha, I. p. 234.

assez répandu, autorise le mari à l'ajouter au sien. Cependant comme il ne lui appartient pas, les membres de la famille de l'épouse qui portent son nom, pourraient, cas échéant, invoquer l'art. 29 C. C. S., qui stipule que „Celui qui est lésé par une usurpation de son nom peut intenter action pour la faire cesser, sans préjudice de tous dommages-intérêts en cas de faute et d'une indemnité à titre de réparation morale, si cette indemnité est justifiée par la nature du tort éprouvé[1])".

III. LE DROIT DE CITÉ DE LA FEMME MARIÉE

Nous avions, en Valais, des personnes qui formaient une classe intermédiaire entre les citoyens et les étrangers ; c'était celle des habitants perpétuels. Il étaient Valaisans, mais non pas citoyens[2]). Une loi de 1806 disposait que toutes les communes étaient autorisées d'exiger une rétribution des filles qui se mariaient hors de la commune où elles étaient domiciliées, de même que des veufs et des veuves qui se remariaient. Pour être admis au droit de manence perpétuelle, indépendamment de la rétribution qu'ils payaient à la commune, ils versaient dans le trésor public une somme que déterminait le Conseil d'Etat dans chaque cas particulier[3]). Etaient également rangés dans la classe d'habitants perpétuels les étrangers qui s'étaient mariés avec une fille de la même commune, du consentement de ses parents, si antérieurement au 1er janvier 1818, ils y avaient eu un domicile de trois ans[4]). Toutes ces dispositions finirent par tomber en désuétude. L'art. 18 de la Constitution de 1852 défendit d'en recevoir à l'avenir. La loi transitoire sur la mise en vigueur du code civil, du 20 mai 1854, régla la condition de ceux qui avaient été reçus antérieurement à cette défense.

---

[1]) Droin : p. 50 à 54.

[2]) Loi du 18 mai 1818.

[3]) Loi du 8 mai 1822.

[4]) Décret du 10 mai 1830.

Comme nous l'avons déjà dit plus haut, l'art. 14 du code civil valaisan disposait que : „la femme suivait la condition de son mari". Il en résultait donc qu'elle acquerrait le droit de cité de son mari par son mariage. Elle conservait cette qualité même après la mort de son mari, tant qu'elle restait veuve.

De nos jours, en thèse générale, la femme suit la condition de son mari et acquiert sa nationalité. C'est la règle de l'art. 161 du C. C. S. Elle la conserve après la dissolution du mariage, même en cas de divorce et même en cas d'annulation du mariage, si elle a été de bonne foi, conformément aux art. 149 et 134 du C. C. S.

Au point de vue international, l'étrangère qui marie un Suisse acquiert la nationalité suisse, à teneur de l'art. 161 C. C. S. Lorsque la loi d'origine de la femme lui fait perdre sa nationalité primitive, elle ne possède plus que celle du mari. Mais il peut aussi arriver que la loi du pays dont la femme est ressortissante ne prévoie pas la perte de la nationalité par le mariage. Dans ce cas, l'épouse possèdera deux nationalités. Cependant, au point de vue suisse et sur toute l'étendue de la Confédération, elle sera considérée comme ayant la nationalité de son mari et celle-ci seulement. Elle ne pourra se prévaloir en Suisse de sa nationalité étrangère.

Si une Suissesse épouse un étranger, la perte du droit de cité de la femme dépend, dans ce cas, de la législation du pays d'origine du mari. Si le droit étranger le lui fait perdre, elle cesse d'être Suissesse ; par contre si, d'après la législation étrangère, elle conserve son droit de cité originaire, malgré son mariage, elle restera Suissesse.

Au point de vue intercantonal, quand un Suisse épouse une Suissesse d'un autre canton, le cas prévu par l'art. 161 du C. C. S. est réalisé, constituant ainsi une application du principe posé à l'art. 54 de la Constitution fédérale qui enseigne que : „La femme acquiert par le mariage le droit de cité et de bourgeoisie de son mari". En conséquence, indépendamment de toute disposition de législation cantonale, le droit de cité du mari est acquis à la femme qui épouse un Suisse d'un autre canton[1]). L'acquisition du droit de cité du mari fait perdre à la femme son droit de cité antérieur. Nous partageons pleine-

[1]) Droin p. 54 à 55.

ment cette opinion. Il y va, en effet, de l'intérêt de l'union conjugale et de la famille que ses membres soient de la même nationalité, car l'origine d'une personne est déterminée par son droit de cité. Il en résulte que le jour où des époux nécessiteux, se trouvant à l'étranger, solliciteraient des secours de l'assistance publique, tant pour eux-mêmes que pour leurs enfants, la commune bourgeoise du mari seule devra intervenir, soit matériellement, soit pécunièrement

Enfin, tout nouveau droit de bourgeoisie acquis par le mari s'étend à la femme.

IV. LE DOMICILE LÉGAL DE LA FEMME MARIÉE

Le code civil valaisan, à son article 90, prévoyait que la femme était obligée d'habiter avec le mari et de le suivre partout où il jugerait à propos de résider et l'art. 38 prescrivait que la femme mariée n'avait pas d'autre domicile que celui de son mari. Par conséquent, le droit valaisan obligeait non seulement l'épouse à avoir son domicile légal au domicile du mari, mais encore à résider où il habitait. C'était là l'accomplissement d'un devoir que le mariage imposait aux époux et qui ne pouvait se concilier avec une habitation séparée. Mais si la femme était tenue de se conformer à cette prescription légale, le mari devait le recevoir et lui fournir tout ce qui était nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état.

Le C. C. S. ne renferme aucune disposition semblable[1]). L'art. 25 dispose simplement que le domicile du mari est considéré comme étant celui de la femme. La femme dont le mari n'a pas de domicile connu ou qui est autorisée à vivre séparée peut se créer un domicile personnel. D'autre part, l'art. 160 laisse au mari le soin de choisir la demeure commune, sans obliger, cependant, la femme à habiter avec le mari, comme en droit valaisan. Il ne faudrait pourtant pas conclure de là que les époux peuvent avoir, dans la règle, une vie séparée. La nature du mariage oblige les époux à une vie commune. Ils sont

[1]) Droin p. 38 et suiv.

tenus de vivre ensemble, sauf dans les cas exceptionnels prévus par la loi. Dans ces cas-là, la possibilité, pour les époux, d'avoir une demeure séparée présuppose toujours une atteinte plus ou moins profonde du lien conjugal, ce qui est, du reste, prévu par les art. 145, 169 et 170 du code.

Chaque époux a le droit d'exiger de son conjoint qu'il fasse le nécessaire pour la création d'une demeure commune. La loi qui accorde au mari la faculté de choisir le domicile conjugal lui impose, par le fait même, l'obligation, en termes impératifs : „Il choisit la demeure commune" et l'époux ne peut s'y soustraire par une renonciation de ce droit. C'est pourquoi, le mari doit avoir une demeure pour y habiter avec sa femme qui pourra refuser de le suivre s'il n'en a pas ou s'il mène une vie de vagabondage. Par contre, l'époux possède non seulement le pouvoir de choisir la demeure, mais encore celui de fixer l'habitation commune et cela soit dans le pays, soit à l'étranger ; la femme se mettrait dans son tort en refusant de s'expatrier avec lui. Ce droit du mari de choisir la demeure commune est absolu ; il n'est limité que par l'abus du droit et l'intervention éventuelle du juge chargé à la demande de la femme, d'appliquer les mesures protectrices de l'union conjugale, en vertu des art. 169 et 170 C. C. S., d'où il résulte que la femme possède la facilité de recourir également auprès du juge lorsque le mari abandonne sans droit le domicile commun. Il doit être choisi en tenant compte des ressources du ménage, de la situation sociale des époux, des conditions dans lesquelles ils se trouvent. La femme peut exiger un logement convenable, sans obliger son mari de créer une demeure distincte pour le ménage, ce que M. Huber a expliqué comme suit : „On s'est demandé s'il n'y avait pas lieu de conférer à la femme le droit d'exiger du mari qu'il pourvût à la création d'un ménage distinct, à défaut de quoi elle serait déliée de l'obligation de partager le domicile conjugal. Quoique la jurisprudence en ait fréquemment décidé ainsi, en déclarant notamment que la femme n'était pas obligée d'habiter avec son mari, chez ses beaux-parents, nous avons, en dernière ligne, renoncé à une pareille disposition. Dans sa teneur générale elle aurait une portée excessive et l'on peut obvier aux véritables abus par d'autres moyens[1])".

[1]) Exposé des motifs p. 132.

Le mari a donc le droit de choisir la demeure commune, de la fixer où et comme il l'entend et, dans la règle, la femme doit accepter le domicile adopté par le mari, sous réserve, pour elle, de faire usage des dispositions légales prévues aux art. 145, 169, 170 du C. C. S. en s'adressant au juge.

Nous devons rappeler ici que, dès l'entrée en vigueur du Code civil suisse, les articles 25; al. 2 et 170, al. 1, avaient plissé le front des juristes. Quels seraient les rapports et le champ d'application de ces deux dispositions? La femme mariée devrait-elle obtenir l'autorisation du juge pour s'établir une demeure séparée ou, au contraire, la simple réalisation des circonstances prévues par l'art. 170. al. 1 lui en donnerait-elle la liberté absolue. L'autorisation de justice était conforme aux délibérations des Chambres fédérales, au cours desquelles M. Gottofrey au Conseil national et M. Hoffmann au Conseil des Etats s'étaient prononcés dans ce sens, de même qu'à l'opinion des commentateurs qui comprenaient l'art. 170, al. 1 comme comportant une autorisation du juge. Divers tribunaux cantonaux cependant avaient admis que la femme mariée pouvait avoir un domicile indépendant avec le seul consentement de son mari. Cette conception avait été réfutée en 1913 déjà, très judicieusement, dans un jugement du canton de Soleure. Puis, le Tribunal fédéral était appelé à se prononcer sur cette question dans un arrêt du 19 février 1915[1]). Considérant que les dispositions légales relatives aux obligations respectives des époux, au point de vue de la vie commune, s'inspirent de motifs d'ordre moral et sont donc de droit impératif, cet arrêt déclare que pour que la femme mariée puisse vivre séparée de son mari et puisse par conséquent se créer un domicile personnel, il ne suffit pas qu'elle y soit autorisée par son mari, il faut encore qu'il existe des circonstances objectives que la loi considère comme de nature à justifier la dissolution de la vie commune. On n'a pas voulu restreindre la possibilité pour la femme de se créer un domicile personnel au seul cas où elle aurait été préalablement autorisée par le juge à vivre séparée; on a admis au contraire, qu'il suffisait en principe qu'objectivement elle soit fondée à vivre séparée. Mais d'autre part, on est parti de l'idée qu'il fal-

[1]) J. T. 1915, Nos 15 et 16.

lait qu'il existât des motifs objectifs justifiant la séparation et qu'il ne suffisait pas de l'autorisation du mari.

Sont donc incompétents pour statuer sur l'action en divorce intentée par la femme, les tribunaux du lieu où elle prétend avoir acquis un domicile personnel, en invoquant comme preuve de son droit de vivre séparée, uniquement l'autorisation reçue de son mari.

Cet arrêt, confirmé à deux reprises, est déterminant, il fait jurisprudence ; il faut s'incliner.

V. OBLIGATION D'ENTRETIEN DE LA FEMME MARIÉE

L'art. 88 du Code civil valaisan disposait que : „Les époux se devaient secours et assistance". Cette assistance mutuelle ne comprenait pas seulement les secours personnels, mais aussi les secours pécuniaires. Si la loi imposait spécialement au mari l'obligation de fournir à sa femme tout ce qui était nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état, c'était parce qu'il avait la jouissance de tous les avoirs de sa femme, selon les art. 1278 et 1283 C. C. V. et qu'il avait droit, en général, à tout ce que celle-ci pouvait gagner par son travail et par son industrie. Le mari remplissait cette obligation en recevant sa femme chez lui ; il ne pouvait être tenu de lui payer une pension alimentaire hors de son domicile, sauf dans le cas où il refusait de la recevoir. En cas de séparation de biens, la même obligation pesait sur la femme envers le mari qui se trouvait dans le besoin ; en cas de séparation de corps, la dette alimentaire, conséquence de l'assistance que se devaient les époux, cessait par rapport à l'époux innocent vis-à-vis de l'époux coupable, mais non réciproquement. En effet, l'art. 106 C. C. V. disait que „l'époux contre lequel la séparation était obtenue pouvait être condamné envers l'autre à une pension alimentaire qui était réglée d'après les besoins de l'époux innocent et les facultés de l'époux coupable[1])".

[1]) Cropt, p. 142 et 161.

Aujourd'hui, plus que jamais, le mari doit pourvoir ,,convenablement à l'entretien de la femme et des enfants''. La loi a pris pour bases les circonstances habituelles de la vie, c'est-à-dire le cas où le mari gagne l'argent nécessaire aux dépenses communes et où la femme s'occupe plus spécialement de la direction du ménage. Mais, comme le font très justement observer MM. Rossel et Mentha : ,,La fin de l'art. 160 ne signifie nullement que la femme soit dispensée de l'obligation alimentaire envers son mari, lorsque ce dernier est incapable de payer les frais de sa nourriture, de ses vêtements et de son logement''. L'obligation d'entretien incombe, en premier lieu, au mari et la femme lui doit aide et conseil, dans la mesure de ses forces en vue de la prospérité commune. Le mari a le droit d'utiliser les revenus de sa femme, le cas échéant, ceux de ses enfants, à titre de contribution aux dépenses communes. La femme est obligée de participer à ces dépenses conformément aux règles de son régime matrimonial. Le mari est tenu de contribuer aux frais d'entretien, non seulement sur son gain, mais éventuellement sur ses biens personnels. Il doit partager avec sa femme ce qui lui est nécessaire. Le devoir d'entretien est déterminé par les ressources des époux, non par les exigences de la femme. L'obligation d'entretien du mari subsiste dans tous les cas, même lorsque l'épouse possède un patrimoine beaucoup plus considérable que le sien et même, à notre avis, lorsqu'elle n'en aurait point apporté en se mariant. Car nous estimons, qu'en principe, cette obligation est indépendante du régime matrimonial adopté par des époux.

Quelle est l'étendue de l'obligation d'entretien du mari? L'entretien de la femme et des enfants comprend tout ce qui est nécessaire à la vie, suivant les moyens dont les époux disposent ou selon les conditions dans lesquelles les deux conjoints ou le mari seul ont décidé de constituer la vie commune. Si les frais d'entretien seuls incombent au mari, le tout doit être ,,conforme à la situation pécuniaire et sociale des époux''.

L'obligation du mari s'applique non seulement à l'entretien de la femme et des enfants, mais encore à toutes les charges du ménage. Ces charges comprennent toutes les dépenses nécessaires à l'union conjugale. Le devoir du mari d'entretenir sa femme constitue une obligation juridique en faveur de celle-ci.

La femme a donc le droit d'exiger du mari qu'il l'entretienne et qu'il lui donne un genre de vie conforme à celui qu'il a lui-même. Ce droit découle de la qualité d'épouse de la femme ; il lui est personnel et ne peut être ni aliéné, ni cédé.

Le devoir du mari d'entretenir la femme et le droit de celle-ci d'être entretenue par son époux ont leur source uniquement dans le mariage ; ils prennent naissance et finissent uniquement avec le mariage ; ils subsistent, en principe, pendant le procès en divorce. Ils sont inséparables de la personne des époux et ne sont pas susceptibles d'être négociés. On ne pourra donc ni les céder ni les transmettre à des tiers, ni les compenser par d'autres créances, ni leur opposer la prescription, ni les constituer en gage. Ces principes s'appliquent uniquement aux droits de la femme et aux devoirs du mari ; non aux prestations matérielles qui sont dues.

L'obligation du mari subsiste lors même qu'il ne l'exécute pas et le droit de la femme persiste même s'il n'est pas exercé. Le mari ne peut se décharger de cette obligation en payant une fois pour toutes une certaine somme à la femme, pas plus que celle-ci n'est admise à renoncer à son droit avec ou sans condition.

Les modalités de l'obligation varient selon les circonstances et les ressources des époux. Ils ne peuvent fixer, d'une façon définitive pour l'avenir le montant de la contribution du mari, car cette contribution peut changer du tout au tout. Lorsque les ressources du ménage auront diminué, le mari aura incontestablement le droit de fournir une somme moindre pour l'entretien de sa femme. Il s'agit d'une notion extrêmement variable ; si l'obligation subsiste pendant toute la durée du mariage, les prestations qu'elle comporte sont néanmoins soumises aux fluctuations économiques de l'union conjugale et ne peuvent être déterminées d'avance, une fois pour toutes.

La femme ne peut produire dans la faillite du mari pour sa créance alimentaire à venir. Voici ce que le Tribunal fédéral a décidé à ce sujet : „Une dette alimentaire n'existe que dans la mesure où les conditions qu'elle présume sont déjà réalisées ou sont en cours de réalisation ; elle ne peut, au moment de l'ouverture de la faillite, être admise que pour la pension alimentaire correspondant aux périodes passées ou courantes. Les

aliments à fournir dans l'avenir ne constituent pas une créance déjà existante, mais une créance future, on ne peut donc produire dans une faillite pour de telles créances. Le fait que la pension alimentaire a été fixée par un jugement ne change rien à la solution, un jugement ne pouvant fixer une fois pour toutes la prestation d'entretien qui par sa nature même se renouvelle successivement. Il en est de même lorsque le montant de la pension alimentaire a été fixé par une convention intervenue entre l'ayant-droit et le débiteur[1])".

VI. PUISSANCE TUTÉLAIRE ET PUISSANCE PATERNELLE DE LA FEMME MARIÉE

Bien qu'en général les femmes fussent exclues de la tutelle, d'après notre Code civil valaisan, celui-ci, faisait une exception en faveur de la mère. Mais craignant l'influence que la femme aurait pu exercer sur son mari pour se faire nommer tutrice de ses enfants, le code exigeait que cette nomination fût soumise à la confirmation de la Chambre pupillaire, sauf appel au tribunal du district qui statuait définitivement.

Tant cette nomination que cette confirmation pouvait avoir lieu purement et simplement ou en adjoignant à la mère tutrice un conseil spécial et en prescrivant qu'elle ne pouvait faire aucun acte ou qu'elle ne pouvait accomplir certains actes de la tutelle sans l'avis de ce conseil. Si les actes pour lesquels l'intervention de ce conseil était exigée avaient été spécifiés, la mère tutrice pouvait faire tous les autres sans son avis.

La mère tutrice était, d'ailleurs, soumise aux mêmes règles que les autres tuteurs, en tant que cette qualité n'était pas absorbée par le droit de puissance paternelle que la loi accordait à la mère survivante et prévu par l'art. 265 du Code civil valaisan.

La mère tutrice perdait de plein droit, la tutelle : si elle avait un enfant illégitime et si elle convolait en secondes noces. Dans ce dernier cas, si elle n'avait pas préalablement averti la Chambre pupillaire, le mari était solidairement responsable

[1]) Droin p. 43 à 48.

de la tutelle qu'elle avait, indûment, conservée, de même que de la gestion antérieure au mariage. Par contre, si la Chambre pupillaire avait été avisée, avant le mariage, du convol en secondes noces, elle pouvait, après avoir entendu le conseil de famille, conserver la tutelle à la mère. Dans ce cas, elle lui donnait, nécessairement pour co-tuteur le second mari qui devait intervenir dans tous les actes de l'administration et devenait solidairement responsable de la gestion postérieure au mariage. Les significations auxquelles cette gestion pouvait donner lieu, étaient faites à tous les deux.

Aujourd'hui que la tutelle du sexe et la tutelle maritale ont disparu, d'autres principes ont prévalu. En effet, l'art. 379 du C. C. S. qui, dans sa teneur générale, n'exclue pas la femme de la tutelle officielle, en élimine encore bien moins par conséquent, la femme mariée. Pour autant qu'elle apparaîtra apte à remplir de telles fonctions, elle pourra en assumer les responsabilités aussi bien que le mari. Cette faculté accordée à la femme mariée marque un grand progrès dans le développement des institutions juridiques. A l'avenir, les conséquences seront des plus heureuses et des plus salutaires. Que la femme ait les qualités requises pour être tutrice de ses enfants mineurs aussi bien que son époux, cela ne laisse aucun doute. Tout aussi bien que lui, elle saura pénétrer dans les rapports personnels de son pupille. L'objection que son inexpérience des affaires amoindrit son aptitude à gérer avec suffisamment de succès une tutelle, s'anéantit d'elle-même. L'autorité, en effet, est revêtue de toutes les compétences pour désigner dans chaque cas particulier le tuteur voulu. Il en résulte qu'une tutelle, ayant un caractère essentiellement financier sera confiée, aujourd'hui comme jadis à un homme, tandis que celle dont le but primordial est l'assistance personnelle de l'enfant ou du pupille sera adjugée, de préférence à une femme. Le nouveau droit fait non seulement disparaître le préjudice que l'ancien droit portait à la femme en cette matière, mais encore il améliore sa situation et répartit sa tâche ; la teneur de l'art. 382 du C. C. S. ne lui fait pas une obligation juridique d'accepter la tutelle.

En reconnaissant l'égalité des sexes, le Code civil suisse a logiquement considéré la femme, dans le domaine de la tutelle, comme une personne privilégiée. Conformément à l'art. 380 C.

C. S. les proches parents ou l'époux de l'incapable seront, de préférence, désignés comme son tuteur et l'autorité tutélaire doit tenir compte de la volonté de l'incapable ou des vœux de ses parents. Et comme les père et mère peuvent être désignés, à droit égal, et de préférence, comme tuteurs de leurs enfants, ils doivent, sans aucune distinction, être comptés parmi les personnes privilégiées. Ce dernier point est d'une importance particulière, quant à la tutelle de l'épouse sur son mari. L'art. 380 du C. C. S. pose la règle générale qu'en cas d'interdiction du mari, sa femme devient sa tutrice. C'est encore là une disposition tendant à consacrer l'égalité des sexes dans le mariage. La conséquence immédiate de cette tutelle est une répercussion sur le régime matrimonial. Une fois tutrice de son mari, l'épouse exerce elle-même les droits matrimoniaux sur sa fortune personnelle.

Le droit nouveau a apporté des transformations analogues en ce qui concerne l'exercice de la puissance paternelle. Sous l'empire du droit cantonal valaisan, seul le père exerçait la puissance paternelle. Aujourd'hui, tant que dure le mariage, cet exercice a lieu conjointement par les père et mère. La solution du code admise sur ce point paraît plus heureuse qu'elle ne l'est, en réalité et il aurait fallu pour qu'elle fût vraiment pratique, fixer la limite exacte des compétences respectives des père et mère. L'art. 274, al. 2 dispose en effet: „A défaut d'entente, le père décide", ce qui revient à dire que la puissance paternelle de la mère sera, le plus souvent, illusoire, lorsque le père aura le verbe autoritaire. La mère n'aura qu'à s'incliner devant la volonté maritale, sauf à provoquer l'intervention de l'autorité tutélaire dans les cas graves. Nous ne voulons pourtant pas dire que le principe posé à l'art. 274, al. 1, soit inutile. Il ne faut certainement pas voir toujours le pire, et citer comme règle générale le cas particulier d'un époux inflexible et d'une femme entêtée. Plus que jamais, au contraire, dans les ménages unis, l'utilité indiscutable de cette collaboration des parents à l'exercice de la puissance paternelle, apparaîtra sous le meilleur jour. Nous verrons en particulier l'utilité de cette disposition dans les cas d'incapacité du père, par suite d'interdiction, de maladie prolongée ou d'absence. Nous n'hésitons donc pas à déclarer l'art. 274, al. 1 applicable à tous les cas et à accorder l'exercice de la puissance paternelle à la mère seule.

La mort de la mère n'apportera pas grand changement à la puissance paternelle du père qui avait, antérieurement déjà, le droit de dire le dernier mot, tandis que la mère n'avait que voix consultative au chapitre. Le père continuera seul à exercer la puissance paternelle. La mort du père, par contre, aura certaines conséquences. La loi les prévoit à l'art. 274 al. 3 qui dispose: „En cas de mort de l'un des époux, la puissance paternelle appartient au survivant et, dans le cas de divorce, à celui auquel les enfants ont été attribués". Il résulte de cette disposition qu'à la mort du père la puissance paternelle passe à la mère avec tous les droits et obligations qui en découlent. On a renoncé, avec raison, selon nous, à substituer à la mère un tuteur.

Il existe d'autre part, entre la puissance paternelle et les droits des père et mère sur les biens de leurs enfants mineurs une étroite connexité qui nous permet de dire que les mesures prises par l'autorité contre le détenteur de la puissance paternelle, influeront sur les droits d'administration et de jouissance.

De même que, durant le mariage, les père et mère exercent conjointement la puissance paternelle, de même aussi ils administrent conjointement les biens de l'enfant, aussi longtemps que subsiste leur puissance paternelle. Sous bien des rapports, l'administration des père et mère est assimilable à la tutelle; mais qu'on lise le deuxième alinéa de l'art. 290 et l'on se rendra compte que le législateur a plus de confiance dans les parents que dans un tuteur proprement dit. Cet alinéa dispose en effet, en parlant des parents: „Ils n'ont dans la règle ni comptes à rendre, ni sûretés à fournir", sauf le cas prévu par l'art. 290 al. 3: „Demeure réservé le droit d'intervention des autorités de tutelle, lorsque les père et mère manquent à leurs devoirs". Ils pourront donc accomplir tous les actes de gestion, soit ceux qui ont pour but de conserver, de faire fructifier et d'augmenter le patrimoine dont ils ont la garde.

Le droit le plus particulier à la puissance paternelle est le droit de jouissance consacré par l'art. 292: „Les père et mère ont la jouissance des biens de l'enfant jusqu'à sa majorité, à moins que, par leur faute, ils n'aient été déclarés déchus de la puissance paternelle". Le droit de jouissance demeure invariablement attaché à la puissance paternelle; dans un seul

cas, ce droit subsiste même après la déchéance, c'est lorsque cette dernière n'est pas motivée par la faute des père et mère. Tous les biens de l'enfant sont soumis au droit de jouissance, sauf les biens libérés prévus aux art. 294 et 296 du C. C. S.

En traitant de la jouissance des biens des enfants, le législateur a évité l'emploi du terme d'usufruit. Ce n'est pas sans raison. Bien que les père et mère aient en principe les mêmes droits qu'un usufruitier ordinaire, leur droit de jouissance en diffère absolument sur deux points : C'est, d'une part, son incessibilité que l'on peut inférer de l'art. 758 en ce sens qu'il s'agit ici d'un usufruit essentiellement personnel ; c'est, d'autre part, son insaisissabilité comme telle, car deux des charges de la jouissance, l'éducation des enfants et l'administration des biens sont des charges toutes personnelles, dans lesquelles des tiers ne peuvent être subrogés. Du reste, les père et mère n'ont pas que des droits sur les biens de l'enfant, ils ont aussi des charges. C'est ce qu'expose l'art. 293 comme suit : „Les biens de l'enfant sont employés en premier lieu à son entretien et à son éducation ; le surplus profite à celui des conjoints qui est grevé des charges de la famille".

CHAPITRE III

CAPACITÉ CIVILE DE LA FEMME MARIÉE

I. DROIT VALAISAN

Notre législation cantonale rangeait les femmes, même majeures, dans la catégorie des personnes incapables de pourvoir suffisamment par elles-mêmes, à la conservation de leurs droits. D'après le chapitre 121 des statuts de 1571, les femmes mariées ne pouvaient rien faire sans l'autorisation de leur mari ; celles qui ne l'étaient pas étaient soumises à une curatelle perpétuelle. Le code civil valaisan de 1854, tout en ayant modifié cette jurisprudence, surtout en ce qui concernait les filles et les veuves

majeures, ne laissait pas moins subsister à leur égard la présomption d'incapacité en les pourvoyant d'un conseil judiciaire. Il en résultait que si la loi exigeait l'autorisation du mari, c'était moins en considération de la puissance maritale que pour suppléer à la faiblesse du sexe et pour sauvegarder les droits du mari sur les biens de sa femme.

L'autorisation du mari était généralement nécessaire pour toute espèce d'actes tant judiciaires qu'extrajudiciaires. La femme ne pouvait intenter une action ni y défendre sans l'autorisation de son mari ; elle ne pouvait passer aucun contrat, ni autrement s'obliger, sans cette autorisation. Cela s'appliquait tant aux actes d'aquisition que d'aliénation, passés ou à titre gratuit ou à titre onéreux. La femme ne pouvait donc ni acheter, ni vendre, ni accepter, ni répudier une succession, ni faire, ni recevoir de paiements, ni constituer des servitudes ou des hypothèques, ni accepter de donations, sans l'autorisation de son mari.

En revanche, cette autorisation n'était pas nécessaire quand la femme était poursuivie en matière criminelle ou de police, ce qui n'avait trait qu'à l'action pénale, non à l'action civile résultant d'un délit ou d'une contravention, pour laquelle l'autorisation maritale était nécessaire ; quand elle était marchande publique, c'est-à-dire quand elle faisait un commerce séparé et non lorsqu'elle ne faisait que détailler les marchandises du commerce de son mari. Elle pouvait alors s'obliger seule dans les affaires de son négoce, ester en jugement pour ce qui le concernait, sans intéresser son mari, lors même qu'il y avait communauté entre eux. Pour faire un testament et le révoquer, toucher la partie de ses revenus qu'elle s'était réservée, éventuellement par contrat de mariage pour ses menues dépenses et ses besoins personnels, pas plus que pour les actes d'administration domestique, cette autorisation n'était nécessaire. Dans ces actes étaient comprises les dettes contractées pour les besoins du ménage, en tant que ces dépenses n'excédaient par la fortune des époux et pour lesquelles la femme était censée agir dans l'intérêt de son mari et avec son autorisation, au moins présumée.

Lorsque la femme était mineure et lorsqu'elle voulait faire une donation entre vifs, l'autorisation maritale n'était pas suffisante. Aussi la loi exigeait-elle, dans la règle, l'autorisation

de la Chambre pupillaire. Il en était de même quand le mari était intéressé aux affaires de sa femme et quand il était incapable, l'autorisation maritale visant l'intérêt de la femme, comme celui du mari et voulant aussi suppléer à son incapacité, à elle. L'autorisation de la Chambre pupillaire devait également intervenir dès que le mari perdait tout droit aux revenus des biens de sa femme. Ainsi : quand les intérêts de la femme étaient opposés à ceux du mari ; en cas de liquidation d'intérêts communs ; d'obligation de la femme par cautionnement ou de constitution d'hypothèque en faveur de son mari ; de renonciation au privilège légal en sa faveur sur les biens de celui-ci. Dans tous ces cas, la Chambre pupillaire accordait son autorisation sans appeler et sans entendre le mari.

Si le mari était mineur, interdit, assisté d'un conseil judiciaire, absent, condamné à plus d'une année de prison ou à toute autre peine grave et s'il y avait séparation de biens, ce qui entraînait la séparation de corps, la femme ne pouvait passer aucun acte de disposition de ses biens ou d'acquisition, ni agir ou contracter, quant à la disposition et à l'administration de ses avoirs, qu'avec l'autorisation d'un tuteur, si elle n'était pas mariée, de la Chambre pupillaire si elle était mineure, et qu'avec l'approbation d'un conseil judiciaire, si elle était majeure.

Il n'en était pas de même des actes d'administration ; le mari ayant la jouissance de tous les biens de sa femme, il en résultait que ces actes étaient passés par le représentant du mari incapable ou par le mari lui-même, lorsqu'en l'interdisant la Chambre pupillaire lui avait confié ces actes. Le mari avait la faculté d'accorder ou de refuser à sa femme l'autorisation d'ester en jugement, de passer un acte, d'accepter une succession ou une donation. Mais en cas de refus, la Chambre pupillaire pouvait autoriser la femme à faire ces actes après avoir entendu ou appelé le mari.

L'autorisation maritale devait être spéciale ; celle qui était donnée en général, celle qui était stipulée par contrat de mariage était sans effet. Etait considérée comme suffisamment spéciale l'autorisation d'aliéner ou d'acquérir un immeuble, qu'autant qu'en l'accordant le mari avait eu connaissance des clauses et conditions de l'acquisition ou de l'aliénation.

L'autorisation maritale n'était soumise à aucune forme spéciale. Elle pouvait donc être donnée expressément ou tacitement, verbalement ou par écrit. Mais, en tout cas, elle devait précéder ou accompagner l'acte passé par la femme et la confirmation par le mari, postérieure à l'acte, donnée sans le concours de la femme ne privait pas celle-ci du droit de se prévaloir du défaut d'autorisation.

Le défaut d'autorisation maritale avait pour effet la nullité de l'acte. Cette nullité n'était pas absolue ; elle ne pouvait être invoquée que par la femme, par le mari, par leurs héritiers ou créanciers et non par ceux avec lesquels la femme avait contracté, ni par la caution de cette dernière. En revanche, la femme n'était pas tenue de se pourvoir de l'autorisation maritale pour accepter une donation. Ce défaut d'autorisation pouvait être opposé par le donateur. Le droit de la femme d'invoquer la nullité pouvait être exercé en tout temps, même après la dissolution du mariage, la femme ne cessant pas d'être incapable par cette circonstance et l'approbation postérieure du mari ne la privant pas non plus de ce droit [1]).

II. DROIT CIVIL SUISSE

Lors de l'unification du droit civil suisse la principale tâche du législateur, dans le domaine de la capacité civile de la femme mariée, a été de concilier le principe de l'unité de la famille avec celui de la capacité civile de la femme mariée elle-même. La matière des effets généraux du mariage, nous dit M^r^. Rossel, est réglée d'une manière générale et hardiment novatrice par le législateur fédéral. La primauté du mari, principe contesté en littérature et en philosophie, est presque universellement consacrée par la loi. Sans même invoquer l'inégalité physique, intellectuelle et morale des deux sexes, on a craint ou voulu craindre de compromettre l'unité de direction du ménage et de la famille en la partageant entre les époux. Et on l'a confiée au mari. Mais l'évolution qui s'est produite dans l'éducation et l'instruction de la femme, mais le phénomène si frappant

[1]) Cropt p. 145 à 154.

de son émancipation économique, mais l'affirmation grandissante de sa personnalité, sont des faits avec lesquels l'Etat moderne doit compter. L'idée du gouvernement absolu n'est plus de notre temps, pas plus dans le ménage que dans la nation[1]). Aussi, d'accord avec ces principes-là, le législateur, conséquent avec lui-même, n'a pas craint de proclamer le grand principe de la capacité civile de la femme mariée. Nous avons vu précédemment que dans le canton du Valais la femme ne pouvait disposer de ses biens ni s'engager sans l'assentiment de son mari et que l'autorisation de la justice était, parfois même, encore nécessaire. Le Code civil suisse a innové sur cette législation. La femme n'est plus sous l'autorité ni sous la tutelle du mari ; elle possède sa pleine capacité civile. Bien plus, le mariage lui confère cette capacité si elle est mineure. L'art. 14, al. 2, dispose en effet, que le mariage rend majeur. Et cette majorité par le mariage est une véritable majorité ; elle ne place pas la femme sous la tutelle du mari comme jadis où la femme mineure qui se mariait n'échappait à l'autorité de ses parents que pour tomber sous celle de son époux. Une fois acquise, cette majorité ne pourrait être perdue qu'en vertu d'une disposition de la loi. Or, nulle part le code ne prescrit que le mineur, devenu majeur par le mariage, retombe en minorité en cas de rupture de l'union conjugale avant l'âge de la majorité légale.

Le projet de 1904 ne tranchait pas le point de savoir si la femme possédait l'exercice des droits civils. Mais nous dit le message fédéral, ce silence de la loi implique une solution affirmative de la question. Après l'abolition de la tutelle du sexe et la restitution de la capacité civile aux femmes majeures vivant dans le célibat, on ne concevrait pas que cette capacité fut refusée aux femmes mariées. Ces principes ne furent pas négligés aux cours des travaux de notre Code civil qui proclame expressément dans la teneur de son article 11 : „Toute personne jouit des droits civils. En conséquence, chacun a dans les limites de la loi, une aptitude égale à devenir sujet de droits et d'obligation. „Et dans celle de son article 12 : „Quiconque a l'exercice des droits civils est capable d'acquérir et de s'obliger." Ainsi, malgré toutes les restrictions qui ont été établies à cet égard, la femme mariée est pleinement capable d'exercer ses

[1]) Rossel p. 229.

droits civils sans l'intervention d'un réprésentant légal qui n'a plus sa raison d'être. Ces restrictions n'existent pas moins dans la mesure où, par suite de la nature spéciale de l'union conjugale, elles ont paru nécessaires.

Ayant consacré le principe de la capacité personnelle de la femme mariée, le législateur suisse a été amené à reconnaître en principe, à la femme mariée : 1) la capacité d'exercer une profession ou une industrie ; 2) la capacité d'ester en justice ; 3) la capacité de contracter librement avec son époux. Nous allons examiner ces trois questions :

I. L'article 167, al. 1, C. C. S. prescrit que la femme a le droit, quelque soit son régime matrimonial, d'exercer une profession ou une industrie, avec le consentement exprès ou tacite du mari. Ce consentement n'est donc subordonné à aucune condition de forme. Lorsque le consentement n'a pas été donné expressément et qu'une autorisation tacite a été alléguée, il faudra examiner les circonstances de chaque cas particulier et rechercher si l'autorisation tacite existe ou non. Ce sera purement et simplement une question de fait. Lorsque le mari tolère l'exercice d'une profession ou d'une industrie par la femme, on admettra qu'il a donné une autorisation tacite. Le Code civil permettant à la femme d'exercer une profession, avec l'autorisation expresse ou tacite du mari, il lui accorde par conséquent tous les pouvoirs nécessaires à l'exercice du droit prévu à son article 167 et entre autres, la faculté de s'inscrire au registre du commerce. Le préposé pourra tout au plus exiger que la femme justifie d'une autorisation tacite, non de s'y faire inscrire, mais d'exercer une profession ou une industrie.

Qu'en est-il si le mari est sous tutelle? A ce sujet, M. Curti enseigne que le consentement du tuteur remplace celui du mari. Il ne paraît pas possible que l'état d'incapacité du mari de manifester son consentement puisse être assimilé à un refus d'autorisation et permettre le recours au juge, conformément à l'article 167, al. 2. En effet, si le mari est incapable de manifester sa volonté; il ne pourra ni donner, ni refuser son autorisation, car, soit un consentement, soit un refus de consentement, supposent un acte de volonté. Il ne pourra dans ce cas pas plus y avoir de consentement tacite que de consentement exprès, car le consentement tacite comporte également un

acte de volonté, celui de ne pas interdire à la femme l'exercice d'une profession ou d'une industrie. En effet, en thèse générale, la loi accorde à la femme sa pleine capacité civile ; l'art. 167, C. C. S. contient une exception à ce principe et pourquoi ? Principalement pour que le mari puisse, le cas échéant, empêcher la femme de contracter certaines obligations qui grèveraient les biens matrimoniaux et engageraient sa responsabilité. Or, en cas d'interdiction du mari, c'est le représentant légal qui est chargé de sauvegarder les biens matrimoniaux et les intérêts économiques qui en dépendent. Il n'existe aucun motif pour interdire au représentant légal du mari le droit d'autoriser la femme lorsque l'époux en est empêché. C'est au contraire précisément lorsque le mari sera sous tutelle que la femme aura le plus besoin d'être autorisée à exercer une profession ou une industrie, afin de remplir son obligation d'élever les enfants et de supporter les charges du ménage. Lorsqu'elle sera elle-même sous tutelle, elle pourra, en cas d'incapacité du mari et en conformité de l'art. 412 du Code civil suisse, exercer une profession ou une industrie, avec le consentement exprès ou tacite de l'autorité tutélaire qui la régit et du tuteur de son mari.

L'art. 167, al. 2 du C. C. S. prévoit que si le mari refuse son consentement la femme peut être autorisée par le juge à exercer une profession ou une industrie, lorsqu'elle établit que cette mesure est commandée par l'intérêt de l'union conjugale ou de la famille. Le juge compétent pour agir en vertu de l'art. 167, al. 2, est celui du domicile du mari ; la loi accorde donc à la femme un droit de recours, mais un droit très limité. Le juge ne peut donner satisfaction à la femme que lorsqu'elle justifie qu'il est de l'intérêt soit de l'union conjugale, soit de la famille qu'elle exerce la profession ou l'industrie pour laquelle elle demande à être autorisée. Cette preuve sera souvent difficile, parfois délicate à rapporter. Le juge ne peut examiner d'autres faits que ceux qui sont prévus à l'art. 167, al. 2. Lors même que la femme justifierait de l'intérêt de la famille ou de l'union conjugale, le juge reste libre de donner ou de refuser son consentement. Il apprécie souverainement les faits et tient compte, pour former son opinion de toutes les circonstances et de toutes les considérations que les époux lui soumettent.

L'autorisation du juge remplace celle du mari ; elle permet aux créanciers de poursuivre l'exécution de leurs droits, non seulement sur les biens réservés de la femme, mais encore sur les biens matrimoniaux et les biens communs. On ne peut en effet assimiler les actes conclus par la femme autorisée du juge, aux actes qu'elle fait sans le consentement du mari. Une simple défense du mari ne suffit pas à annuler l'autorisation du juge ; tant que les motifs qui ont déterminé cette autorisation subsistent, le mari ne peut modifier l'état de choses. Lorsque ces motifs auront disparu, le mari aura le droit d'exiger le retrait de l'autorisation, à condition de prouver que les circonstances ont changé.

Le refus du mari n'empêche pas la femme d'exploiter une profession ou une industrie ; lorsqu'elle continue l'exercice de son activité, malgré la défense du mari, celui-ci peut invoquer l'art. 169, C. C. S. et recourir au juge lorsque les circonstances lui permettent de demander l'application de cette disposition légale. Mais si tel n'est pas le cas, si les affaires de la femme sont florissantes et n'exposent pas son conjoint à honte, dommages ou périls, le mari ne possédera aucun moyen coercitif pour obliger sa femme à obéir.

Le refus de la femme de se soumettre à la volonté du mari sera parfois de nature à produire des froissements tels que le divorce pourrait être demandé en application de l'art. 142 C. C. S. Mais cette solution ne constitue point une sanction du refus d'obéissance de la femme.

L'exercice de la profession et de l'industrie de la femme mariée a également une influence sur les biens matrimoniaux.

Sous le régime de l'union des biens, les biens de la femme qui servent à l'exercice de sa profession ou de son industrie sont réservés ; la femme autorisée par son mari peut donc en disposer comme il lui plaît sauf contribution éventuelle aux charges du mariage. Mais la femme commerçante s'oblige sur tous ses biens tant réservés que matrimoniaux qui demeurent sa propriété. Or comme le mari a la jouissance des apports de la femme, si les affaires de celle-ci périclitent, ses créanciers pourront la poursuivre sur les apports qui sont restés sa propriété ; par conséquent, le droit de jouissance du mari en sera diminué.

Conformément à l'art. 175 C. C. S. en cas d'insuffisance des biens de la femme poursuivie par voie de saisie, ses créances contre son mari deviennent exigibles et peuvent être saisies. Si la femme est déclarée en faillite, ses créances contre son mari tombent dans la masse. L'époux pourra donc, cas échéant, être obligé au remboursement anticipé des biens fongibles de la femme dont il est devenu propriétaire.

Sous le régime de la communauté, la situation est analogue, car la femme et la communauté, par conséquent le mari personnellement, sont responsables des dettes qu'elles contractent dans l'exercice régulier d'une profession ou d'une industrie, à teneur de l'art. 220, al. 3, C. C. S.

Sous le régime de la séparation de biens, la profession ou l'industrie de la femme n'influe pas directement sur les biens matrimoniaux, car tous les biens de l'épouse sont réservés. Cependant, les pertes qu'elle éprouve peuvent avoir indirectement leur influence sur les ressources du ménage, lorsqu'elles sont de nature à mettre la femme dans l'impossibilité de contribuer aux dépenses communes.

Le mari ayant le droit de refuser son autorisation à sa femme, il est nécessaire que son refus soit opposable aux tiers; c'est pourquoi, l'art. 167, al. 3, prévoit que la défense faite par le mari n'est opposable aux tiers de bonne foi qu'après avoir été publiée par l'autorité compétente. C'est là une mesure de sauvegarde du crédit général et de la sécurité des affaires qui se justifie pleinement; elle détermine les rapports juridiques entre les époux et les tiers. Grâce à cette disposition, ils ont le droit d'admettre, sauf publications contraires, que la femme agit avec le consentement exprès ou tacite du mari.

Les tiers de bonne foi sont ceux qui ont ignoré le refus du mari; leurs droits demeurent intacts, même si le mari a expressément refusé son autorisation à la femme; les tiers de mauvaise foi sont ceux qui ont connu le refus du mari. Si les publications n'ont pas été faites, la preuve que le tiers a eu connaissance de son refus incombera au mari. Cette preuve pourra être administrée par tous les moyens légaux. Si cette justification n'a pas lieu, le tiers sera réputé de bonne foi et les engagements de la femme obligeront les biens matrimoniaux et le mari, à teneur des art. 207, al. 3 et 220, al. 3 C. C. S.

En revanche, lorsque le mari aura établi que le tiers n'est pas de bonne foi, les art. 208, al. 2 et 221 al. 2 C. C. S. seront applicables.

Si le mari a fait procéder aux publications par l'autorité compétente, sa responsabilité et celle des biens matrimoniaux seront à l'abri de toute réclamation. Ces publications ayant eu lieu, elles sont par ce seul fait opposables au tiers de bonne foi. En cas de contestation, le mari n'est tenu qu'à une seule justification : prouver que les publications légales ont été faites par l'autorité compétente et cette preuve suffira pour limiter les droits de recouvrement du créancier de la femme aux biens réservés de celle-ci, non seulement pendant le mariage, mais encore après.

Il est donc concevable que sur ce point spécial prévu par l'art. 167 C. C. S. que nous venons d'examiner, le principe de l'incapacité de l'épouse ait été admis, en accordant au mari le droit de contrôler l'exercice que sa femme fait de sa capacité civile et de veiller à ce que l'exercice de cette capacité ne puisse pas porter atteinte aux intérêts de l'union conjugale [1]).

II. L'art. 168, al. 1 C. C. S. dispose que la femme, quel que soit son régime matrimonial, est capable d'ester en justice. Elle possède donc en principe le droit d'ester en justice. C'est là la seconde conséquence, le corollaire de la capacité civile de la femme mariée qui est ainsi investie de „la faculté de faire tous les actes judiciaires concernant ceux de ses intérêts qui ne sont pas devenus des intérêts de l'union conjugale elle-même [2])". Aucune permission maritale ou de justice ne lui est nécessaire à cet égard. Elle exerce là ses droits civils comme toute autre personne majeure et capable. Cette capacité existe dans les limites de son pouvoir de représenter l'union conjugale ; pour la protection de ses droits individuels ; pour la sauvegarde de ses biens réservés ; pour les affaires rentrant dans l'exercice d'une profession ou d'une industrie ; pour les contestations relatives à son patrimoine et si elle est séparée de biens. Dans tous ces cas, la liberté la plus complète lui est accordée de plaider comme demanderesse ou comme défenderesse, soit par elle-même, soit en constituant un mandataire, celui-ci pouvant être le mari, si la procédure cantonale le permet.

[1]) Droin p. 95 et suiv.
[2]) Rossel et Mentha p. 241.

En revanche, l'al. 2 de dit article prévoit que le mari a seul qualité pour la représenter dans ses contestations avec des tiers, relativement à ses apports. C'est là la seule exception limitant la capacité civile de la femme mariée d'ester en justice ; elle est justifiée ; en vertu de cette disposition, le mari n'est pas seulement mandataire légal en vue du procès, mais il y devient à proprement parler partie en tant qu'administrateur des biens matrimoniaux. Etant le chef et le représentant de l'union conjugale ; ayant en plus de l'administration, la jouissance des biens matrimoniaux et devant ainsi défendre ses intérêts personnels, le mari a le droit de soutenir en son propre nom les procès avec des tiers, relativement aux apports de sa femme [1]). Cette exception ne concerne que les contestations avec les tiers ; en conséquence, la femme peut intenter à son mari un procès relativement à ses apports, sans avoir à demander une autorisation quelconque. Elle ne s'applique qu'aux apports de la femme. Elle déploiera donc ses effets, sous le régime de l'union des biens, sous celui de la communauté des biens, sous celui de l'unité des biens et en cas de séparation de biens, s'il y a constitution de dot. La femme mariée à laquelle son mari refuse de fournir les sûretés réclamées par elle pour la garantie de ses apports, ne peut diriger contre lui une poursuite aux fins de sûretés; elle ne peut que demander sa séparation de biens, après quoi elle pourra poursuivre par la voie de l'exécution forcée la réalisation de cette séparation. Une poursuite dirigée par la femme contre son mari contrairement à cette règle est nulle de plein droit et doit être annulée en tout temps par les autorités de surveillance [2]).

La notion des apports est fixée par le régime matrimonial auquel les époux sont soumis. Les apports de la femme comprennent les droits qu'elle possède, à la condition que ceux-ci soient juridiquement établis. Une simple prétention litigieuse, basée sur un acte illicite commis au préjudice de la femme ne rentre pas dans les biens matrimoniaux et les actions en justice en découlant doivent être intentées au nom de la femme [3]).

---

[1]) J. T. 1914 nº 3 ; 1920 nº 14.
[2]) J T. 1914, nºs 5 et 6.
[3]) Gmür, p. 315.

Les contestations avec les tiers, relatives aux apports de la femme seront introduites en justice au nom du mari. Cette solution découle du principe que le mari est de par la loi, le représentant principal de l'union conjugale et qu'il doit défendre ses intérêts en qualité d'administrateur et d'usufruitier des apports de sa femme. Le Tribunal fédéral a décidé que sauf le cas où la femme est séparée de biens et celui où elle exerce une profession ou une industrie autorisée en conformité de la loi, les créanciers doivent poursuivre la femme mariée au domicile du mari et les actes de poursuite doivent être notifiés à ce dernier[1]). Il en résulte qu'en matière de poursuite le mari doit être envisagé comme le représentant légal de la femme, même après l'entrée en vigueur du Code civil suisse. Lorsque les époux ont chacun un domicile séparé, les poursuites concernant les apports de la femme sont faites au domicile du mari. Si elles intéressent les autres biens de l'épouse, elles auront lieu au domicile séparé de la femme. En cas de contestations relatives à la profession ou à l'industrie de la femme, les notifications se feront à l'endroit où la profession et l'industrie sont exercées, conformément à l'art. 47, al. 3 L. P. Les poursuites concernant les biens réservés de la femme doivent être adressés à la femme personnellement, au domicile conjugal ou à son domicile séparé, si elle en a un. Lorsque dans ce cas la saisie porte sur des objets faisant partie de ses apports, la femme et le mari ont le droit de porter plainte à l'autorité de surveillance.

Si les époux sont séparés de biens, les poursuites contre la femme doivent toutes être notifiées à elle-même et non au mari, sauf lorsque le créancier poursuit en vertu d'actes conclus par la femme en qualité de représentant de l'union conjugale ou lorsque il y a constitution de dot et que le créancier saisit les biens dotaux [2]).

La femme mariée sous tutelle doit être actionnée au domicile du tuteur et l'art. 421 C. C. S. est applicable.

Un autre arrêt du Tribunal fédéral déclare que dans le régime de l'union des biens le mari est le représentant légal de la femme et que c'est à celui-ci que les actes de poursuites di-

---

[1]) J. T. 1915, nos 11 et 12.

[2]) Droin p. 127 et 128.

rigés contre la femme doivent être notifiés, l'art. 47, L. P. ayant pour but de sauvegarder les droits du mari sur les biens matrimoniaux. Si le créancier ignore quel est le régime existant entre les époux, il peut valablement notifier au mari les actes de poursuites dirigés contre la femme, puisque vis-à-vis des tiers ils sont sensés mariés sous le régime légal de l'union des biens. Mais sous le régime de la séparation de biens, le mari n'est plus le représentant légal de la femme et le tiers qui sait que c'est sous ce régime que les époux sont mariés peut valablement notifier directement à la femme les actes de poursuite dirigés contre elle [1]).

Dans le cas de l'art. 168, al. 2, le procès est introduit au nom du mari ou contre lui personnellement. Une action introduite contre elle serait irrecevable, car ce n'est pas la femme qui dans un cas semblable possède le droit de représenter l'union conjugale. Mais lorsque le procès aura été régulièrement introduit, au nom du mari, le jugement sera exécutoire contre les deux époux : contre la femme, sur tous ses biens réservés et matrimoniaux ; contre le mari, sur les revenus des biens de la femme dont il a l'usufruit ; sur les créances que la femme possède contre lui et sur les biens communs.

Le principe que l'action doit être dirigée contre le mari, pris en qualité de représentant légal de sa femme n'est applicable que pour autant que le mari est domicilié en Suisse. S'il est à l'étranger, la poursuite peut être dirigée contre le représenté au lieu de sa résidence en Suisse. Mais même dans ce cas, les actes de la poursuite doivent être notifiés au représentant [2]).

La disposition de l'art. 168, al. 2 est impérative ; elle ne confère pas seulement au mari le droit de plaider, elle lui impose l'obligation de représenter la femme dans ses contestations avec des tiers, relativement à ses apports. Ce droit de représentation du mari cesse lorsqu'il y a opposition d'intérêt, entre lui et sa femme. Ce cas est expressément prévu à l'art. 107, modifié de la loi sur la poursuite dont voici le texte : „Dans la saisie pratiquée contre le mari, la femme peut exercer elle-même les droits qu'elle a sur ses apports et l'art. 168, al. 2, C. C. S. n'est pas applicable".

[1]) J. T. 1918, nos 3 et 4.
[2]) J. T. 1913 nos 7 et 8.

Lorsque des tiers, créanciers du mari saisissent les apports de la femme ou lorsque le mari est déclaré en faillite, la femme exerce seule l'action en revendication sans l'intervention de son époux.

Nous avons vu que dans notre droit cantonal la femme ne pouvait intenter action ou y défendre sans l'autorisation de son mari. Cette exigeance avait son origine dans la faiblesse du sexe. Le droit fédéral suisse par contre, n'en est plus là. Aujourd'hui que la capacité d'ester en justice est reconnue à la femme mariée, le droit de représentation du mari a sa source dans le régime matrimonial et lorsqu'il représente son épouse dans un sens autre que celui prévu par l'art. 168, al. 2 du C. C. S., il doit être muni de pouvoirs réguliers.

Nous pouvons donc dire que cette capacité d'ester en justice contient en soi un principe de procédure civile qui a son essence dans le droit privé. Nous en trouvons la preuve immédiate dans la disposition de l'art. 32 de notre code de procédure civile du Valais de 1919 qui, tout en permettant à la femme de demander l'autorisation de la chambre pupillaire en cas d'empêchement ou de refus du mari, et en corrélation complète avec l'art. 168 du C. C. S. Cet empiètement du droit cantonal sur le droit fédéral se justifie pleinement.

III. Le Code civil suisse qui admet le principe de la capacité civile de la femme mariée, devait reconnaître, en principe, la validité des contrats conclus entre époux. A cet égard, l'art. 177, al. 1, C. C. S. qui prescrit que tous actes juridiques sont permis entre époux, pose une règle générale qui en est l'application et dont la portée pratique est incontestable. Un acte juridique, d'après la définition de Windscheid, citée par Mr. Curti [1]) est une manifestation de la volonté privée, faite dans le but de produire un effet juridique. Les actes les plus fréquents sont les contrats. Les époux sont libres de contracter entre eux, comme il leur plaît. Ils peuvent conclure, à leur gré, sous réserves des alinéas 2 et 3 de l'art. précité, des actes de vente, de sociétés commerciales et de donation. Bien qu'elles augmentent ou même constituent les apports de la femme, les donations faites par le mari à sa femme n'ont pas besoin d'être approuvées par l'autorité tutélaire pour être valables [2]). Leur

[1]) Curti, Commentaire, page 12.
[2]) J. T. 1922, nº 6.

droit de traiter est uniquement limité par les interdictions générales qui s'appliquent à chacun. La liberté de contracter s'étend également au pouvoir de dénoncer un contrat, de mettre fin à une obligation, de renoncer à un droit. Mais les époux ont entre eux des obligations d'une nature spéciale qui sont la conséquence du mariage et qui n'existent pas entre des tiers, étrangers l'un à l'autre. Les époux ne peuvent donc être entièrement assimilés à des étrangers au point de vue de leur capacité de contracter ensemble. Leur droit de contracter entre eux est limité aux actes qui ne sont pas contraires à la notion du mariage [1]). Ce point de vue a été admis par le Tribunal fédéral. Nous avons examiné cette question dans notre paragraphe sur le domicile et nous n'y revenons pas. Ce que nous pouvons cependant relever c'est que les dispositions légales qui fixent en cette matière, les devoirs des époux, sont d'ordre public ; elles ne peuvent donc être modifiées par contrat. Une renonciation du mari au droit que lui confère l'art. 160, C. C. S. de choisir la demeure commune est inadmissible, parce qu'il ne s'agit pas d'une disposition facultative, mais d'un droit accordé au mari dans l'intérêt de la conservation et du maintien de l'union conjugale. La femme ne peut délier le mari de cette obligation. Il faut refuser toute valeur juridique à un contrat par lequel des époux qui ne veulent ni divorcer, ni recourir à une séparation de corps, décident de vivre séparés. Il le faudra d'autant plus que notre loi a prévu aux art. 169 et suivants des dispositions spéciales qui permettent aux époux de régler cette situation au moyen d'une procédure dont le but est précisément de mettre fin à un état de fait anormal, contraire à la nature du mariage.

La capacité civile de la femme n'est pas complète en droit suisse ; l'autorité tutélaire doit intervenir dans certains contrats conclus entre époux, en particulier lorsqu'il s'agit d'actes juridiques relatifs aux apports de la femme et aux biens de la communauté. Dans cette hypothèse [2]), il existe une opposition d'intérêts entre les époux et pour éviter que l'un soit victime de manœuvres de la part de l'autre, on exige que ces contrats soient soumis à l'approbation de l'autorité tutélaire. Cette ap-

[1]) Curti, Commentaire, p. 149.

[2]) Bull. Sténogr. XV année p. 661.

probation est prévue à l'al. 2 de l'art. 177 C. C. S. Elle est applicable pour la donation d'apports faite par la femme au mari, pour la cession consentie par la femme au mari de certains droits qu'elle possède dans la communauté, pour la convention en vertu de laquelle, en cas d'achat de biens du mari par la femme, celle-ci pourra compenser le prix de vente avec sa créance pour ses apports. Ces actes ne sont valables entre époux qu'après avoir été approuvés par l'autorité tutélaire. Les époux sont immédiatement liés par les actes juridiques relatifs aux apports de la femme ou aux biens de la communauté, cela toutefois sous la condition suspensive de l'approbation subséquente par la dite autorité, les époux reprenant leur liberté, lorsque cette approbation a été refusée ou que le terme résultant de l'application par analogie de l'art. 410, al. 2 C. C. S. n'a pas été utilisé par l'un des époux pour obtenir l'approbation [1]). Ils ne sont opposables aux tiers qu'après leur inscription dans le registre des régimes matrimoniaux et leur publication. L'acte ayant pour but des sûretés consenties à la femme aux termes de l'art. 205, C. C. S. et constituant une mesure qui ne rentre pas dans la notion des actes juridiques relatifs à ses apports, tels que les comprennent les articles 177, al. 2 et 248, C. C. S. n'est soumis ni à l'approbation de l'autorité tutélaire, ni à la formalité de l'inscription dans le registre des régimes matrimoniaux et n'a pas besoin d'être publié [2]). Pour décider si des titres au porteur de la femme sont individualisés et si par conséquent le mari en a acquis la propriété, on doit rechercher simplement si les époux ont voulu ce transfert ou s'ils ont entendu au contraire que le mari n'eut que l'administration et la jouissance des titres. Cette entente doit intervenir, dans la règle, au moment où l'apport a été fait ou du moins dans un bref délai après cet apport ; une convention subséquente à cet égard est subordonnée à l'approbation de l'autorité tutélaire [3]). Cette approbation est analogue à celle que l'art. 181, al, 2 C. C. S. exige pour les conventions matrimoniales passées pendant le mariage.

L'art. 177, al. 2 laisse donc les époux libres de conclure entre eux n'importe quel contrat, sous le régime de la séparа-

[1]) J. T. 1922, n° 11.
[2]) Droin, p. 188 et 196.
[3]) J. T. 1921, n° 20.

tion de bien simple ; l'intervention de l'autorité tutélaire n'est requise que lorsque le régime légal ou celui de la communauté règle leurs rapports pécuniaires, soit entièrement, soit partiellement. Sous le régime légal, elle est indispensable pour les actes juridiques concernant les biens matrimoniaux de la femme. Sous le régime de la communauté, les époux peuvent librement disposer entre eux de tous leurs biens réservés et incessibles et si la communauté est réduite, de tous les biens exclus de la communauté et qui demeurent la propriété personnelle de chacun d'eux. Si les biens exclus de la communauté sont soumis aux règles de l'union des biens, en conformité de l'art. 238, C. C. S. les actes entre époux y relatifs devront être approuvés par l'autorité tutélaire. Mais la femme est libre de faire à son mari une donation sur ses biens réservés, sans demander l'approbation à l'autorité tutélaire. Celle-ci devra être obtenue, lorsque la donation porte sur des biens matrimoniaux appartenant à la femme. Si le mari abandonne à sa femme un commerce avec actif et passif, ce qui peut constituer un ensemble de dettes grevant soit les apports de la femme, soit les biens communs, la femme ne pourra accepter un tel abandon qu'avec l'approbation de l'autorité tutélaire.

Les époux peuvent conclure entre eux des contrats de sociétés commerciales. Dans ce domaine, il ne faut pas perdre de vue le régime matrimonial régissant les époux. Sous le régime légal, la situation de la femme varie suivant le genre de société. L'approbation de l'autorité tutélaire est toujours requise lorsque la femme constitue avec son mari une société en nom collectif, car aux termes de l'art. 564 C. O., „les associés sont tenus solidairement et sur tous leurs biens des engagements de la société. Toute clause contraire est nulle et de nul effet à l'égard des tiers". Dans un cas semblable, la totalité des biens de la femme est engagée vis-à-vis des tiers, par conséquent ses apports et l'art. 177, al. 2 C. C. S. doit donc être observé. La solution sera la même dans le cas d'une société simple. L'art. 543, al. 2 et 3, C. O. prescrit en effet que lorsqu'un associé traite avec un tiers, au nom de la société ou de tous les associés, les autres associés ne deviennent créanciers ou débiteurs de ce tiers qu'en conformité des règles relatives à la représentation. Un associé est présumé avoir le

droit de représenter la société ou tous les associés vis-à-vis des tiers dès qu'il est chargé d'administrer.

Le mari peut donc dans une société simple, engager les apports de sa femme en traitant avec les tiers. L'approbation de l'autorité tutélaire est par conséquent indispensable.

Dans la société en commandite, la femme est d'une part, associée indéfiniment responsable et le mari commanditaire. Ici, la femme contracte avec son mari un acte juridique relatif à ses apports et aux biens communs puisqu'elle est tenue sur son patrimoine tout entier des engagements de la société. Sa responsabilité vis-à-vis des tiers est illimitée. En effet, les engagements qui découlent de l'acte d'association conclu entre les époux grèvent les apports de la femme et les biens communs. Dès lors, le contrat doit toujours être soumis à l'approbation de l'autorité tutélaire. D'autre part, la femme est commanditaire et le mari l'associé indéfiniment responsable. La responsabilité de la femme est limitée à sa commandite. Lorsque celle-ci provient de ses biens réservés, l'approbation tutélaire n'est pas requise ; mais lorsqu'elle est formée de biens matrimoniaux qui sont propriété de la femme, l'assentiment de l'autorité tutélaire est obligatoire [1]).

Sous le régime de la communauté, toute société conclue entre le mari et la femme et dans laquelle sont engagés ou peuvent être engagés des fonds appartenant à la communauté, doit être préalablement approuvée par l'autorité tutélaire, car elle constitue un acte relatif aux biens de la communauté. La solution sera donc la même que pour les cas examinés sous le régime légal, les biens de la communauté remplaçant simplement les apports de la femme.

Sous le régime de la séparation de biens, les époux peuvent contracter entre eux comme deux étrangers. En créant entre eux une société en nom collectif, les époux séparés de biens peuvent établir une véritable communauté sans recourir aux formalités du contrat de mariage et sans recourir à l'approbation tutélaire. Cependant, le régime matrimonial des époux continuera à être le régime de la séparation de biens et la communauté existant entre eux sera régie uniquement par les dispositions du droit

[1]) Sweizerische Juristen Zeitung, 10me année p. 48.

des obligations, relatives à la société en nom collectif et non pas par les prescriptions du code civil.

L'art. 177, al. 3, C. C. S. fait dépendre de l'approbation de l'autorité tutélaire la validité des obligations que la femme assume envers des tiers dans l'intérêt du mari. En ce qui concerne la capacité de la femme d'assumer des obligations dans l'intérêt du mari, l'art. 177, al. 3, C. C. S. est applicable aux unions contractées avant son entrée en vigueur, mais non aux obligations assumées avant cette date. Un acte juridique passé antérieurement à l'entrée en vigueur du code civil et qui, sous l'ancienne loi, était valide sans approbation de l'autorité tutélaire, ne doit pas être déclaré nul et de nul effet, parce que la loi nouvelle exige le concours de la dite autorité [1]). Dans l'application de cette disposition, la nécessité d'obtenir l'approbation de l'autorité tutélaire n'est pas limitée aux apports de la femme et aux biens de la communauté ; elle s'étend à toute obligation quelconque de la femme prise en faveur d'un tiers dans l'intérêt du mari sans qu'il y ait à distinguer entre les biens matrimoniaux et les biens réservés. Tombe donc sous le coup de cet alinéa 3 toute opération ayant pour effet pratique de transférer à la femme une dette du mari ou de la rendre co-débiteur avec lui [2]). La disposition de l'art. 177 doit être interprétée largement. Le Tribunal fédéral a jugé que le cautionnement ou la reprise d'une dette consentie par une femme en faveur d'un tiers dans l'intérêt d'une société en commandite dont elle est commanditaire et dont le mari est le seul associé indéfiniment responsable, constitue en réalité une obligation assumée par la femme dans l'intérêt de son époux. Cette décision est basée sur le fait que, en cas de poursuite, et d'insolvabilité de la société en commandite, le mari, associé indéfiniment responsable pourrait être personnellement recherché par les créanciers sociaux, que dans ces conditions l'engagement de la femme a été pris, en réalité, non pas pour la société, mais dans l'intérêt de son mari. L'art. 177, al. 3, ne se rapporte pas seulement aux obligations que la femme mariée assume directement pour son mari, mais aussi à celles qui lui profitent

[1]) Vogt. p. 213.

[2]) J. T. 1918, nº 3 et Vogt. p. 43.

d'une façon générale. Par conséquent, un engagement de ce genre doit être approuvé par l'autorité tutélaire, à peine de nullité [1]).

Les trois conditions prévues et exigées par l'art. 177, al. 3 du C. C. S. sont indispensables, mais suffisantes ; on ne saurait étendre la portée de ce texte pour empêcher la femme de disposer de ses propres biens d'une manière avantageuse pour son mari. Le Tribunal fédéral a jugé qu'on ne saurait assimiler à une obligation assumée par la femme envers un tiers, l'ordre donné par elle à son banquier de transférer les titres formant son dossier personnel, dans le dossier de son mari [2]). Il a également décidé que, à la différence des obligations assumées par la femme dans l'intérêt du mari, le consentement de la femme aux actes de disposition du mari sur ses apports n'est pas soumis à l'approbation de l'autorité tutélaire. Est par conséquent valable, nonobstant l'absence de toute approbation tutélaire, l'acte par lequel la femme a autorisé son mari à remettre en gage une cédule hypothécaire lui appartenant, peu importe d'ailleurs qu'elle ait cru devoir se porter partie au contrat entre le mari et le tiers, ce qui était superflu [3]). Comme conséquence nécessaire de son opinion exprimée dans cet arrêt, le Tribunal fédéral, dans un récent jugement, a formulé une nouvelle jurisprudence, aux termes de laquelle le mari n'ayant aucun droit d'administration sur la fortune de sa femme séparée de biens, l'assentiment de celle-ci aux actes du mari ne constitue pas le simple consentement au sens de l'art. 202 du C. C. S. mais doit être considéré comme un acte personnel de la femme donnant à son mari le pouvoir d'agir comme son représentant. Cet acte ne sera valable que moyennant l'approbation de l'autorité tutélaire, s'il crée une obligation de la femme envers un tiers dans l'intérêt du mari. La femme sera néanmoins tenue, même en l'absence de cette approbation, s'il s'agit non pas d'une obligation, mais de la constitution d'un droit réel, notamment du nantissement de biens de la femme en garantie de dettes du mari [4]). La paraphrase de cet arrêt est que l'art. 177, al. 3 du C. C. S. s'applique exclusivement aux obligations assumées par la femme envers un tiers dans l'intérêt du mari ; les cons-

[1]) J. T. 1915, nº 7.
[2]) J. T. 1915, nº 9.
[3]) J. T. 1916, nº 3.
[4]) J. T. 1923, nº 15.

titutions de gages, mobilier ou immobilier ne rentrent donc pas dans son champ d'application. Ce point de vue a été confirmé par le Tribunal fédéral dans son arrêt du 24 octobre 1923 [1]).

C'était aller à l'encontre de la volonté du législateur. Aussi le Tribunal fédéral s'en est-il rendu compte. Modifiant sa jurisprudence antérieure, il a jugé que l'art. 177 C. C. S. est une disposition exceptionnelle, contraire au système général de la loi, qui consacre, en principe, la capacité juridique de la femme mariée. Cette disposition doit donc être interprétée restrictement plutôt qu'extensivement. Le fait que le mari se trouve avoir profité, au point de vue économique, de l'obligation contractée par la femme, ne suffit dès lors pas à justifier l'application de l'art. 177, al. 3. Il faut considérer bien plus la nature de l'opération que son but final ou ses conséquences éloignées et admettre que l'engagement de la femme est soumis à l'approbation officielle lorsqu'il résulte de l'acte lui-même que cet engagement procure un avantage au mari, soit en lui donnant un droit, soit en le déchargeant d'une obligation. Le tiers visé à l'art. 177, al. 3, ne peut être qu'un créancier du mari, à savoir une personne ayant, en vertu de rapports de droit, la possibilité juridique de l'actionner. La sécurité des transactions et l'intérêt du tiers contractant exigent que celui qui traite avec une femme mariée saisisse la portée de l'acte et se rende compte que sa validité dépend ou ne dépend pas de la ratification de l'autorité tutélaire. Il importe d'autre part que cette dernière puisse statuer en connaissance de cause, et elle n'est en mesure de le faire que si l'intercession résulte directement de l'obligation assumée par la femme [2]).

Postérieurement à cet arrêt, le Tribunal fédéral a décidé que la cession d'une créance faite par une femme à son mari ne devient parfaite que par l'approbation de l'autorité tutélaire et n'est opposable aux tiers qu'après son inscription au registre des régimes matrimoniaux et sa publication. Il est certain que cette ratification a un effet rétroactif au moment de la conclusion du contrat et que le transfert de la créance au nom du mari n'a pas pu avoir lieu auparavant. Un contrat de ce genre ne doit, en effet, pas être considéré comme inexistant, mais il

[1]) J. T. 1924, n° 12.
[2]) J. T. 1925 n° 9.

ne devient valable que par l'intervention d'une tierce personne, c'est-à-dire, dans le cas donné, de l'autorité [1]).

C'est donc reconnaître l'intérêt qui existe pour la femme mariée d'exiger l'intervention de l'autorité tutélaire dans tous les actes qu'elle est appelée à passer au profit de son mari et dans lesquels elle assume des obligations à l'égard des tiers; elle ne s'aurait, par conséquent, s'y dérober. C'est dire également qu'il est,pour les notaires, de la plus élémentaire prudence de requérir, dans chaque cas particulier, l'approbation de la Chambre pupillaire lorsqu'ils sont appelés à instrumenter des documents en application de l'art. 177 du C. C. S., dans le but de protéger les droits et les intérêts des parties en cause, comme aussi leurs responsabilités professionnelles.

Les actes par lesquels la femme renonce à un droit en faveur d'un ou de plusieurs créanciers du mari tombent également sous l'empire de l'art. 177, al. 3, C. C. S. Cette disposition s'applique quel que soit le régime matrimonial, même en cas de séparation de biens [2]).

Il ressort de l'étude que nous venons de faire que l'art. 177 est une mesure destinée à assurer la liberté économique de l'épouse. La fortune de la femme sous la séparation de biens, ou dans ses biens réservés est protégée en ce qu'elle ne peut pas être dilapidée par le mari. Elle pourrait l'être par la femme. Pour la protéger contre sa faiblesse, son inexpérience, ses entraînements, on a estimé utile d'exiger la collaboration de l'autorité tutélaire. Le but de cette collaboration n'est pas de faire revivre l'idée que la femme doit être sous une tutelle nécessaire, mais de la garantir contre les influences et sollicitations du mari, d'éviter qu'elle contracte des obligations qui lui soient préjudiciables et de sauvegarder, cas échéant, les intérêts de ses héritiers spécialement ceux de ses enfants ainsi que ceux des tiers.

Ce principe nouveau que ne connaissait pas notre législation valaisanne laisse, malgré ses restrictions, aux époux une plus grande liberté quant à leurs rapports de droit, ceux-ci pouvant varier selon les circonstances de la vie et les nécessités du moment.

---

[1]) J. T. 1926, nº 1.

[2]) Curti, Commentaire, p. 150.

CHAPITRE IV

RÉGIME MATRIMONIAL

I. DROIT VALAISAN

Sous l'empire du Code civil valaisan, le régime légal était celui de la communauté d'acquêts. Les revenus des biens de la femme appartenaient au mari, à la charge de lui fournir des aliments convenables, d'après sa fortune et sa condition ; de pourvoir à l'entretien et à l'éducation des enfants communs ; de supporter toute autre charge du mariage ; de payer les intérêts et arréages des rentes ou dettes passives de sa femme échus durant le mariage. Le mari, sauf qu'il était dispensé de fournir caution, était tenu, à l'égard de sa femme de toutes les obligations d'un usufruitier, il était responsable de toutes les prescriptions et détériorations survenues par sa négligence. Si le mari avait bâti sur le fonds de sa femme ou s'il avait fait des dépenses pour l'amélioration des biens de celle-ci, il pouvait, à la dissolution du mariage, ou en cas de séparation de biens, réclamer une indemnité sur la base des art. 389 et 395 du Code civil.

Il n'était pas permis aux époux de contracter une communauté universelle de biens, autre que celle des acquêts. Il était permis aux époux de régler la communauté par des conventions spéciales qui ne devaient pas être contraires aux dispositions des art. 1269 à 1272 du Code civil. La communauté d'acquêts, soit légale, soit conventionnelle, commençait du jour du mariage ; on ne pouvait stipuler qu'elle commencerait à une autre époque. La communauté d'acquêts comprenait tous les biens meubles ou immeubles, acquis par les époux, ensemble ou séparément, durant le mariage et provenant tant de leur industrie que des économies faites sur les fruits et les revenus des biens des deux époux. On ne pouvait faire entrer en com-

munauté ni l'actif, ni le passif actuel des conjoints, ni les biens qui pouvaient leur échoir pendant sa durée, par succession, legs ou donation. La communauté comprenait cependant la jouissance de leurs biens, tant meubles qu'immeubles, présents et futurs. Tout bien meuble ou immeuble était réputé acquêt s'il n'était prouvé que l'un des époux en avait la propriété ou possession légale avant le mariage ou qu'il lui était échu, depuis, à titre de succession, legs ou donation. Cette preuve pouvait être faite tant par titres que par témoins. En cas de communauté d'acquêts, les impenses pour améliorations faites aux biens de l'un des époux ou constructions sur les dits biens faisaient partie des avoirs de la communauté et l'époux auquel elles profitaient en devait la récompense. Il en était de même toutes les fois que l'un des époux avait tiré un profit personnel des biens de la communauté. Le mari administrait seul les biens de la communauté et exerçait en justice les actions qui la concernait ; il ne pouvait, néanmoins, aliéner ou hypothéquer les biens communs qu'à titre onéreux. Les acquêts ne se comptaient que sur ce qui restait après prélèvement des apports des époux et déduction faite des dettes contractées à un titre quelconque durant le mariage. Si les biens communs ne suffisaient pas à l'acquittement des dettes, le mari seul en était tenu. Toute stipulation contraire était nulle. Les dettes contractées par la femme, avec le consentement du mari, étaient censées l'être dans l'intérêt de ce dernier ou dans celui de la communauté ; à moins qu'il ne fût prouvé qu'elles l'avaient été dans l'intérêt personnel de la femme. Toutefois, les créanciers pouvaient en poursuivre le paiement, même sur les biens de la femme, sauf la récompense, s'il y avait lieu. Les acquisitions faites durant le mariage par la femme ou en son nom ne constituaient des propres de la femme qu'autant qu'il était établi qu'elles avaient eu lieu en remploi des deniers à elle appartenant. A défaut de stipulation spéciale, les acquêts faits durant le mariage se partageaient par moitié entre les époux ou ceux qui les représentaient. Celui des époux qui avait diverti ou recelé quelques effets de la communauté était privé de sa portion dans les dits effets. Si, lors du partage de la communauté, une dette passive n'avait pas été déduite de l'actif, le mari ou ses héritiers pouvaient avoir recours contre la femme ou ses ayants cause, à raison de la part qu'elle a eue dans

l'actif. Lorsque les époux déclaraient qu'ils se mariaient sans communauté, tous les acquêts appartenaient au mari. La communauté d'acquêts ne pouvait être dissoute que par la mort de l'un des époux, par la perte des droits civils ou par la perte de la jouissance de ces mêmes droits, par la déclaration d'absence et par la séparation de biens prononcée en justice.

Lorsque le désordre des affaires du mari donnait lieu de craindre que ses biens ne fussent pas suffisants pour remplir les droits et reprises de la femme ou que la conduite déréglée du mari exposait la femme à perdre tout le fruit de son travail, celle-ci pouvait demander la séparation de biens, avec l'autorisation de la chambre pupillaire. La séparation de biens devait être prononcée par les tribunaux et toute séparation volontaire était nulle. Les créanciers personnels de la femme ne pouvaient pas demander la séparation de biens. Toute séparation de biens devait être rendue publique de la même manière que l'interdiction et elle déployait ses effets, vis-à-vis des tiers, dès qu'elle avait été publiée. Elle remontait, quant à ses effets vis-à-vis du mari, au jour de la demande. La femme séparée de biens en reprenait l'administration, sous réserve d'avoir l'autorisation d'un conseil judiciaire. La séparation de corps du code civil valaisan comportait toujours séparation de biens.

A la dissolution du mariage ou en cas de séparation de biens, la femme reprenait ses biens qui existaient encore en nature et réclamait, quant aux autres, la récompense que le mari ou ses héritiers étaient tenus de lui en faire. Si les meubles de la femme avaient dépéri par l'usage et sans la faute du mari, il ne devait rendre que ceux qui restaient et dans l'état où ils se trouvaient. Les créances de la femme, quand elles existaient, étaient reprises en nature ; dans le cas contraire, la valeur en était représentée en argent ou autrement. Le mari était garant et devait la récompense du prêt des biens de sa femme aliénés avec son autorisation. Toutefois, la récompense n'était due que de la somme moyennant laquelle l'aliénation avait lieu, lors même que cette somme aurait été inférieure à la valeur réelle de l'immeuble aliéné. L'immeuble acquis par le mari au nom de sa femme ou avec déclaration que l'acquisition était faite en remploi de deniers à elle appartenant, était réputé bien propre de la femme, si ce remploi avait été accepté

par elle sous l'autorisation de la chambre pupillaire. L'acceptation du remploi, de la part de la femme, pouvait avoir lieu tant que l'immeuble acquis à ce titre, était possédé par le mari et que celui-ci n'avait pas révoqué cette déclaration. Les immeubles acquis par voie d'échange contre des immeubles qui appartenaient à la femme étaient de plein droit subrogés à ces derniers et prenaient, indépendamment de toute déclaration, la nature de biens propres de la femme. La récompense des valeurs que le mari devait à sa femme s'opérait au moyen d'un prélèvement que celle-ci faisait d'abord sur l'argent comptant, ensuite sur les biens acquis pendant le mariage, au choix de la femme ou de ses héritiers et, en cas d'insuffisance, sur les biens personnels du mari. Les fruits naturels pendant par branches ou par racines au moment de la séparation de biens ou de la dissolution du mariage, appartenaient à l'époux propriétaire, conformément à la règle établie pour l'usufruit à l'art. 431 du Code civil valaisan[1]).

Nous devons examiner ici le travail législatif minutieux qui s'imposait au législateur valaisan, par suite de l'adoption du Code civil suisse et durant la période transitoire qui précéda l'entrée en vigueur du nouveau code. Conformément à l'art. 52 du titre final du C. C. S., ce travail consista quant à la question qui nous occupe, à préciser les formalités à remplir pour établir la transition entre l'ancien régime matrimonial et le nouveau.

Cette transition a été traitée différemment, selon qu'il s'agissait des rapports pécuniaires des époux entre eux ou de leurs rapports à l'égard des tiers. Dans le premier cas, à l'exception des règles concernant le régime matrimonial extraordinaire, les biens réservés et le contrat de mariage, les époux sont restés soumis au régime légal sous l'empire duquel ils se sont mariés ; dans le second cas, ils ont été soumis au régime légal du Code civil. L'une et l'autre de ces situations ont pu se modifier par une déclaration au registre des régimes matrimoniaux ; les époux ont eu la faculté de déclarer qu'ils soumettaient au droit nouveau leurs rapports pécuniaires personnels et il leur a été loisible d'autre part, de déclarer qu'ils en-

[1]) Rossel p. 390 et suiv.
Cropt IIme vol., p. 479 et suiv.

tendaient maintenir, à l'égard des tiers, le régime de l'ancien droit.

Il faut relever la différence essentielle qui existe et qui se rapporte à l'époque à laquelle ces déclarations ont pu être faites. Relativement aux rapports pécuniaires des époux entre eux, le Code civil suisse n'a fixé aucun délai. Les époux ont par conséquent la faculté de transformer quand ils veulent leur régime matrimonial de droit ancien en régime de droit nouveau. Mais par rapport aux tiers, ce régime a dû être déterminé avant l'entrée en vigueur du Code civil. Il en est résulté que si aucune déclaration contraire n'a été faite avant le 1er janvier 1912, ce régime est définitivement celui du droit nouveau; si, en revanche, cette déclaration a eu lieu, c'est le régime matrimonial antérieur qui a subsisté.

Quel que soit le système adopté à l'égard des tiers, tous les actes qui les intéressent doivent, pour produire leurs effets envers eux, être inscrits au registre des régimes matrimoniaux et publiés. Il en est ainsi pour les contrats de mariage, les jugements en séparation de biens et les actes de récompense, sans distinction entre les contrats, jugements ou actes intervenus, avant ou après l'entrée en vigueur du C. C. S. Le registre des régimes matrimoniaux a, à l'égard des tiers, en ce qui concerne le régime matrimonial des époux, les effets des registres des hypothèques en droit immobilier.

La manière dont le Code civil réglait, durant la période transitoire, les effets pécuniaires du mariage, à l'égard des époux, paraissait à première vue simple et facile dans son application. Mais, à un examen plus approfondi, ce système présentait cependant des difficultés au point de vue des droits respectifs des époux et de ceux de leurs héritiers au moment du décès de l'un d'eux.

Quelle influence aurait sur le droit successoral des époux et celui de leurs héritiers, le choix du régime matrimonial auquel ils se seraient arrêtés? Qu'elle serait la limite exacte entre le domaine du droit successoral régi par le Code civil suisse et celui du régime matrimonial qui, sauf volonté contraire manifestée par les époux continuerait à être régi par le droit ancien? Qu'en serait-il du droit du conjoint survivant?

Le cas des époux qui se seraient soumis au droit nouveau pour la déclaration prévue à l'alinéa 3 de l'art. 9. T. F. ne présenterait pas de difficulté ; le nouveau droit ferait alors règle et pour le régime matrimonial et pour la dévolution de la succession excluant ainsi toute application du droit cantonal. Mais le cas le plus fréquent serait certainement celui des époux qui ne feraient pas cette déclaration et demeureraient par conséquent soumis au droit ancien. La situation qui en résulterait ne manquerait pas de provoquer quelques conflits entre les deux droits en présence ; il importait donc de les prévenir par des dispositions claires et précises.

Or, à teneur de l'art. 9, al. 1 du titre final du C. C. S., il appartient aux cantons de déterminer les règles de l'ancien droit de famille et des succession qui rentrent dans le régime matrimonial.

Il était évident que le droit aux acquêts réglé par l'art. 1298 du Code civil valaisan et que le droit de la femme à la restitution de ses biens et à la récompense, prévu aux art. 1312 et suivants du même code devaient rentrer dans le régime matrimonial, ces dispositions étant contenues dans la partie du Code civil valaisan qui traitait des droits respectifs des époux, relativement à leurs biens. Il n'y avait pas à hésiter à faire rentrer dans le même ordre d'idées, vu leur connexité avec ceux qui viennent d'être énumérés, les droits d'usufruit du conjoint survivant sur les biens du conjoint décédé, ce droit personnel des époux étant lié à leur régime matrimonial aussi intimement que la part aux acquêts ou la récompense des apports de la femme dont la revendication appartenait encore aux héritiers.

Les droits du régime matrimonial ainsi fixés que devait-il en être des droits successoraux attribués par le Code civil suisse au conjoint survivant ? La réunion de ces droits d'origine différents pouvait créer une situation parfois compliquée qu'il était préférable d'éviter. Aussi bien, le Conseil d'Etat du Valais, dans son message au Grand Conseil accompagnant son projet de loi d'introduction du C. C. S. proposa-t-il d'exclure de tous droits successoraux découlant du Code civil suisse les époux qui ne se soumettraient pas au droit nouveau.

Cette solution qui pouvait paraître rigoureuse, offrait l'avantage d'être claire et logique. A défaut de déclaration contraire,

la situation des époux tant en droit successoral que matrimonial, serait régie exclusivement par le droit ancien ; une simple déclaration au registre des régimes matrimoniaux, lorsque les époux jugeraient de leur intérêt de le faire, les placerait sous l'empire du droit nouveau. Tels étaient les principes contenus dans les articles 235 et 236 du projet de loi d'introduction élaboré par le Conseil d'Etat Valaisan.

Actuellement, cette question de droit transitoire est résolue par les articles 264 et 265 de la loi valaisanne d'application du Code civil suisse et ces dispositions se combinent avec les articles 9 et suivants de l'ordonnance valaisanne, relative au registre des régimes matrimoniaux [1]).

II. DROIT CIVIL SUISSE

Quel est le régime le plus favorable à la femme ? C'est là une question qui se pose, mais à laquelle il n'est pas très commode de répondre, car dans toutes les combinaisons qu'admet la circonspection du législateur, l'autorité martiale conserve sa force et elle s'exerce surtout à la fois dans l'intérêt de la femme et dans l'intérêt du mari :

En Suisse, l'unification dans ce domaine n'était pas sans présenter de sérieuses difficultés. Le législateur se trouvait en présence de traditions invétérées et opposées qu'il était impossible de laisser subsister intégralement, si l'on voulait doter notre pays d'un régime légal unique. Il est juste de dire que dans cette œuvre de conciliation épineuse le législateur a réussi à contenter tout le monde et comme le dit Mr. Rossel, on ne peut qu'applaudir à l'ingéniosité, à la sagesse et à la persévérance du législateur. Aussi la loi nouvelle proclame-t-elle la liberté des conventions matrimoniales, après comme avant le mariage ; néanmoins, les époux ne peuvent opter qu'entre les régimes prévus par la loi. C'est ainsi que l'art. 178 du C. C. S. dispose que les époux sont placés sous le régime de l'union des biens, à moins qu'ils n'aient adopté un autre régime par contrat

[1]) Message relatif à la loi d'introduction du Code civil suisse, pour le Canton du Valais, p. 102 et suiv.

de mariage ou qu'ils ne soient soumis au régime matrimonial extraordinaire. L'union des biens qui, comme on le voit, a les préférences avouées de la loi, est le régime légal ordinaire. Dans ce régime, les biens du mari et de la femme forment une véritable unité économique. Que prévoit-il? Il prévoit des biens matrimoniaux et des propres des époux. Les biens matrimoniaux sont formés de tout ce que les époux possédaient au moment de leur mariage et de ce qu'ils acquièrent par la suite, exception faite des biens réservés de la femme, dont elle peut seule disposer. Les biens réservés sont notamment ceux qui servent à l'exercice de sa profession et de son industrie, le produit de son travail sur lequel, hier encore, le mari se précipitait, l'obole offerte par la femme, se fondant au cabaret. Aujourd'hui, par contre, elle a la libre disposition de l'argent qu'elle gagne à l'atelier, elle peut directement employer son salaire à l'entretien des enfants et du ménage et donner, cas échéant, à son mari, une vivante leçon de sagesse et d'économie.

Les propres des époux sont constitués par les biens matrimoniaux qui appartenaient à chacun d'eux lors de la conclusion du mariage ou qui leur échoient pendant le mariage, par succession ou à quelque autre titre gratuit : la femme est propriétaire de ses propres appelés apports ; le mari l'est des siens et de tous les autres biens matrimoniaux qui ne sont pas des apports de sa femme.

En vue d'éviter la confusion des deux patrimoines dont la réunion forme les biens matrimoniaux, chaque époux peut demander, en tout temps, la confection d'un inventaire authentique qui est présumé exact lorsqu'il a été dressé dans les six mois à compter du jour où les biens ont été apportés. L'estimation portée à un inventaire authentique fait règle entre les époux pour la valeur des biens non représentés. Le prix de vente fait règle lorsque, pendant le mariage, les apports ont été aliénés de bonne foi au-dessous du prix d'estimation.

Le mari a non seulement le droit, il a le devoir d'administrer les biens matrimoniaux et la femme peut exiger de lui qu'il acomplisse les actes de gestion commandés par les circonstances, à moins qu'il ne lui ait conféré les pouvoirs exceptionnels de l'art. 166 du C. C. S. La loi est formelle à cet égard. Le mari, dit l'art. 200 du C. C. S., administre les biens ma-

trimoniaux ; les frais de gestion sont à sa charge ; la femme n'a le pouvoir d'administrer que dans la mesure où elle a qualité pour représenter l'union conjugale. D'autre part, le mari, nous dit l'art. 201 du C. C. S., a la jouissance des apports de la femme et il encourt de ce chef la même responsabilité que l'usufruitier. En compensation de cette jouissance il supporte les charges du mariage, il est tenu de faire des apports un usage normal et répond de tous dommages causés par un abus de jouissance. De plus, l'argent de la femme, ses autres biens fongibles et ses titres au porteur non individualités appartiennent au mari qui devient débiteur de leur valeur [1]).

Dans notre droit cantonal, le mari avait, en somme, un droit absolu de disposition sur les biens de la communauté, sauf en ce qui concernait les biens propres de la femme. De même aujourd'hui, le mari ne peut, en dehors des actes d'administration proprement dits, aliéner les apports de sa femme, sans son consentement, ce qui pourra résulter d'une autorisation préalable ou d'une approbation subséquente [2]). Tel est le sens de l'art. 202 alinéa 2 du C. C. S. C'est là une règle logique car, si l'on reconnaît au mari, à qui incombent les charges principales de l'union conjugale, un droit de propriété sur les revenus de la femme, on ne peut lui donner le pouvoir de disposer d'apports qui ne lui appartiennent pas. La femme, de son côté, a également sur l'ensemble des biens matrimoniaux, un droit de disposition restreint par le fait qu'elle n'est, à l'ordinaire, la représentante de l'union conjugale que pour les besoins du ménage.

Si la femme a l'obligation de remettre ses apports au mari, afin qu'il puisse exercer ses droits d'administration et de jouissance, elle a aussi le droit de se renseigner sur l'état de ses biens et d'exiger des garanties. C'est pourquoi la loi a prévu, à son art. 205, que le mari est tenu, à la demande de la femme, de la renseigner en tout temps, sur l'état des biens par elle apportés et que la femme peut en tout temps requérir des sûretés, en conformité des art. 183 et 184 du C. C. S. Voilà la situation des deux époux.

---

[1]) Droin p. 405 et suiv.
Rossel et Mentha p. 276 et suiv.

[2]) Exposé des Motifs p. 166.

Comment s'opère la liquidation de l'union des biens? Les patrimoines des époux ne se sont pas confondus pendant le mariage; seule l'administration du mari les a réunis temporairement. Au décès de l'un des époux les deux fortunes associées se séparent purement et simplement. Au décès de la femme, ses apports sont dévolus à ses héritiers, sous réserve des droits successoraux du mari. Le mari doit aux dits héritiers la valeur des apports non représentés dans la mesure où il en est responsable et sauf imputation de ses créances contre la femme. Au décès du mari, la femme reprend ses apports et peut se faire indemniser par les héritiers de ce dernier en raison des biens non représentés. Le bénéfice restant après le prélèvement des apports appartient pour un tiers à la femme ou à ses descendants, et pour le surplus au mari ou à ses héritiers. Le déficit est à la charge du mari ou de ses héritiers, en tant que la preuve n'est pas faite qu'il a été causé par la femme. Et ici encore, le contrat de mariage peut prévoir une autre répartition du bénéfice et du déficit, tant il est vrai que le législateur fédéral a voulu donner aux époux la plus grande latitude pour régler leurs conventions matrimoniales.

Nous voyons, en définitive, que le régime de l'union des biens du droit fédéral se rapproche, dans ses grandes lignes, du régime de la communauté d'acquêts du droit cantonal valaisan, à part quelques divergences suggérées et justifiées par la pratique et l'expérience. En particulier, il est aisé de voir que le régime légal de l'union des biens contient des éléments empruntés à la séparation et à la communauté.

Il participe de la séparation par le fait de l'existence des biens réservés qui sont absolument soumis aux règles de la séparation. Il participe du régime de la communauté par le fait que la femme a une part aux bénéfices.

Viennent ensuite les régimes conventionnels qui ne peuvent être établis que par contrat de mariage, avec ou sans mesure restrictive [1]). Ce contrat peut être passé avant ou après la célébration du mariage, dans le sens de l'art. 179 du Code civil suisse. En conformité de l'article 181 du dit Code, il doit être

---

[1]) Droin p. 559 et suiv.
Rossel p, 303 et suiv.

reçu en la forme authentique ; s'il présente le caractère d'une convention passée pendant le mariage, il sera soumis à l'approbation de l'autorité tutélaire, pour devenir opposable aux tiers, conformément aux dispositions relatives au registre des régimes matrimoniaux. Les parties doivent adopter dans leur contrat l'un des régimes ci-après déterminés et ces régimes là seulement, de sorte que si des parents avaient, d'aventure, l'ambition de remettre aux mains de leur fille, les rènes de l'association projetée, les notaires les plus complaisants devraient refuser de seconder leurs désirs. La loi a prévu, pour le contrat de mariage, un petit nombre de types qui ne sont pas immuables ; mais elle n'a pas laissé à l'imagination des familles un champ illimité et, ici encore, elle a maintenu le principe que le mari est le chef de l'union conjugale.

Si restreinte que soit la possibilité des changements contractuels, le choix d'un régime matrimonial est une grave décision, dont la femme aurait tort de se désintéresser totalement. Nous admettons volontiers que la rédaction d'un contrat de mariage est effroyablement vide de poésie. Et à l'heure, exquise peut-être, où l'esprit de la jeune fille, à la veille de son mariage, est hanté d'une seule pensée, où son cœur est rempli d'un seul sentiment, il peut y avoir quelque cruauté de la prier de descendre du ciel sur la terre et de jeter les yeux sur un grimoire notarié. Le plus souvent, toute à son idéal, elle n'écoutera pas cet appel prosaïque ; elle donnera, distraitement, une signature méprisante et elle s'en remettra aux siens de l'ingrat souci d'examiner les clauses engageant son avenir. Pourtant, si idéalistes que soient de jeunes mariés, ces préoccupations matérielles sont, parfois, indispensables et c'est très souvent dans les coins obscurs des contrats que viennent se cacher, en attendant l'occasion de siffler, les petits serpents des discordes conjugales. Sans doute, n'y a-t-il pas dans l'étude aride de ces règlementations, de quoi nourrir la rêverie de la femme ; mais elle ne rêve pas toujours ; elle rêve souvent moins que l'homme et la vie, nous le craignons, ne lui laissera de moins en moins, le loisir de rêver. Si la loi ne se laisse pas, ouvertement, préparer par la femme, elle étend, néanmoins, son empire sur elle. C'est pourquoi, si elle ne veut pas s'exposer à de fâcheuses mésaventures, elle est bien forcée, sinon de briguer l'honneur

de son intimité, du moins de se faire présenter à elle et de s'accoutumer à sa physionomie grincheuse.

Le premier que les époux ont la faculté de choisir est le régime de la communauté de biens. D'après l'art. 215 C. C. S., la communauté universelle se compose de tous les biens, revenus et gains, tant du mari que de la femme et elle appartient indivisément aux deux époux. Les biens réservés sont exclus de la communauté. Sous ce régime, les biens matrimoniaux forment non seulement une masse économique, mais encore une masse juridique ; nous avons, dans ce cas, une propriété en main commune dénommée à l'art. 652 C. C. S. „propriété commune". Aussi l'art. 215 ajoute-t-il : „Ni le mari, ni la femme ne peuvent disposer de leur part". Bien plus, les époux ne peuvent disposer de tout ou partie de la communauté que conjointement ou avec le concours l'un de l'autre. Le mari étant le chef de l'union conjugale, il a le droit et l'obligation de gérer les biens communs, comme il possède, sous le régime légal, le pouvoir d'administrer les apports de son épouse ; les frais de gestion sont à la charge de la communauté, les revenus des biens matrimoniaux ne devenant pas la propriété du mari. Les pouvoirs d'administration de la femme sont identiques à ceux que la loi lui accorde dans le système de l'union des biens ; elle ne peut administrer que dans la mesure où elle a qualité pour représenter l'union conjugale. La jouissance appartient à la communauté représentée par le mari qui est tenu de subvenir aux charges du mariage. En conformité de l'art. 229 C. C. S. cette communauté peut être prolongée entre le conjoint survivant et les enfants issus du mariage.

Le régime de la communauté n'est pas immuable ; il est, au contraire, susceptible de modifications. Les époux sont libres de stipuler par contrat de mariage, que certains de leurs biens seront exclus de la communauté et deviendront biens réservés. Ils ont le loisir, également, de soumettre les biens exclus de la communauté aux règles de l'union des biens. Une troisième modalité est celle qui réduit la communauté aux acquêts. Sous ce régime, les époux gardent leurs apports qui sont soumis aux règles de l'union des biens et les biens acquis pendant le mariage, sauf à titre de remploi, forment les acquêts et sont soumis aux règles de la communauté.

La communauté universelle est dissoute par la mort d'un des époux, par la dissolution du mariage ou par un changement de régime. Le changement de régime est conventionnel; il peut être obligatoire en cas de séparation de biens légale ou judiciaire. La liquidation de la communauté qui a cessé en cours de mariage a lieu lorsque le régime de la séparation de biens entre en vigueur, d'après les principes posés à l'art. 189 du code. Les biens matrimoniaux rentrent, sous réserve des droits des créanciers, dans le patrimoine personnel du mari et de la femme. Lorsque la communauté est dissoute par le décès d'un des époux ou par suite de l'adoption du régime légal, la moitié de l'actif net commun est dévolu à l'un des conjoints; la seconde moitié est attribuée à l'autre époux ou aux héritiers du défunt, parmi lesquels figure l'époux survivant. Les droits du conjoint survivant indigne sont réglés comme en matière de divorce [1]). Enfin, la loi permet aux intéressés de prévoir par contrat de mariage un mode de partage autre que le partage par moitié. Cette règle comporte cependant une exception: lorsque l'un des conjoints a des descendants; dans ce cas, la postérité de l'époux prédécédé a droit au quart des biens communs existant au moment du décès.

Lors du partage de la communauté le conjoint survivant peut demander que les biens entrés de son chef dans la communauté lui soient attribués en imputation sur sa part. Après le décès de la femme, le mari survivant est, en tout cas, responsable des dettes de la communauté. La femme survivante peut, en répudiant la communauté, se libérer des dettes dont elle n'est pas personnellement tenue. Même si elle accepte la communauté, elle peut se libérer de sa responsabilité dans la mesure où elle établit que les biens reçus ne suffisent pas à désintéresser les créanciers [2]).

Dans le régime de la communauté d'acquêts, nous nous trouvons, pendant le mariage, en présence de deux masses: les apports de chacun des époux, soumis au régime de l'union des biens, placés sous l'administration du mari et les acquêts soumis aux règles de la communauté. Il faut entendre par acquêts tous les biens acquis pendant le mariage, sauf ceux qui l'ont été à

[1]) C. C. S. art. 154.

[2]) Droin p. 602 et 603 et suivantes.

titre de remploi ou à titre purement gratuit, par succession, donation ou disposition pour cause de mort.

Qu'arrivera-t-il à la dissolution du mariage? S'il y a des acquêts, ceux-ci seront consacrés avant tout à couvrir la valeur des apports qui n'existeront plus en nature et pour lesquels il est dû récompense. Ce qui reste formera le bénéfice qui sera, sauf convention contraire, réparti par moitié entre la femme et le mari ou ses héritiers. Si, par contre, les acquêts ne suffisent pas pour éteindre les dettes et reconstituer les apports, c'est à la charge du mari ou de ses héritiers qu'est le déficit „en tant que la preuve n'est pas faite qu'il a été causé par la femme".

Un régime qui paraît plus respectueux des droits de la femme, est celui de la séparation des biens. Elle peut être conventionnelle et elle s'appliquera à une partie ou à la totalité des patrimoines des époux, selon leur volonté; légale ou judiciaire et elle s'appliquera alors à tout l'actif des conjoints.

La caractéristique de ce régime est la séparation complète des patrimoines qui s'étend non seulement à la propriété des biens, mais encore à leur administration et à leur jouissance. Chaque époux demeure propriétaire de ce qu'il possède, jouit de sa fortune et l'administre; chacun d'eux reste propriétaire du produit de son travail. La femme peut confier à son mari l'administration de ses biens; lorsqu'elle le fait, la loi présume qu'elle renonce à lui en demander compte et qu'elle lui abandonne la totalité de ses revenus pour subvenir aux charges du mariage. Il est interdit à l'épouse de renoncer à son droit de reprendre en tout temps l'administration de ses biens, Chaque époux demeure responsable de ses dettes personnelles, qu'elles soient antérieures ou postérieures au mariage; cependant, le mari répond des obligations assumées par la femme représentant l'union conjugale et l'épouse est tenue en cas d'insolvabilité du mari, des dettes contractées par elle ou par lui pour l'entretien du ménage commun. La femme n'a droit à aucun privilège dans la faillite de son mari ou en cas de saisie pratiquée contre lui, même si elle lui a confié l'administration de ses biens; cette règle n'est applicable qu'aux biens soumis au régime de la séparation. Malgré la séparation des patrimoines, la femme doit contribuer, dans une mesure équitable

aux charges du mariage ; la contribution de la femme est fixée, en cas de désaccord, par l'autorité compétente. Ce sera en Valais, le juge instructeur qui portera une pareille décision. Le mari n'est tenu à aucune restitution en raison des prestations de la femme.

Ce régime de la séparation de biens a la faveur d'un assez grand nombre d'écrivains féministes. Il a, à leurs yeux, l'avantage d'être celui qui porte la moindre atteinte à l'individualité de la femme. Quant à nous, nous nous refusons à voir, dans la division des biens, l'idéal de l'unité conjugale et nous préférons associer plus étroitement la femme à l'administration de la communauté que de l'isoler dans la libre direction de sa fortune personnelle.

Un autre régime matrimonial exclusivement conventionnel est celui de l'unité des biens, spécialement défini par l'art. 199 C. C. S. qui prévoit que : „Dans les six mois à partir du jour où les biens de la femme ont été apportés, les époux ont la faculté de convenir, en observant les formes du contrat de mariage, que la propriété de ces apports passera au mari pour le prix d'estimation et que la créance acquise de ce chef à la femme demeurera invariable". A première vue on serait tenté de croire que par la place qu'il occupe, cet article constitue un des éléments du régime légal ; il n'en est rien. Et ce n'est pas même une modalité de ce régime ; c'est un régime à part, basé sur ce principe fondamental qui lui est propre, à savoir que la femme cesse d'être propriétaire de ses biens qui passent au mari. Elle devient créancière de ce dernier, à concurrence de la valeur de ses apports estimés dans le contrat de mariage.

Citons enfin l'art. 247 du C. C. S. qui autorise les époux à stipuler, par contrat de mariage, qu'une partie des biens de la femme sera constituée en dot, au profit du mari, pour subvenir aux charges du mariage. La femme conserve le droit complet de disposition, d'administration et de jouissance sur ses biens paraphernaux. L'al. 2 de l'art. 247 ajoute : les biens ainsi abandonnés au mari sont soumis, sauf convention contraire, aux règles de l'union des biens. Les biens dotaux restent, par conséquent, propriété de la femme et le mari qui en a l'administration et la jouissance, encourt la même responsabilité que

l'usufruitier, et comme tel il devient débiteur vis-à-vis de sa femme.

Le régime dotal a, lui aussi, ses partisans. Il a un aspect rassurant et débonnaire ; il offre à la femme ou à ses héritiers l'espoir de retrouver la dot intacte à la dissolution du mariage ; il a quelque chose de classique et de conservateur : il a le prestige et la vertu des choses très anciennes. Mais attention ! Il est plein de surprises : il est fertile en malentendus : il recèle par quantité les occasions de fraudes et les causes de procès et ce n'est pas encore là un mode d'association qui sauvegarde avec une pleine efficacité les intérêts et la dignité de la femme. Et pourtant, cette sauvegarde, nous pouvons la constater dans l'institution des biens réservés qui est une mesure de protection de la femme et une garantie de sa capacité civile. Or, les questions de protection et de capacité sont d'ordre impératif. Il en résulte que la femme ne pourra renoncer valablement à ses biens réservés ni directement ni indirectement. Sera ainsi nulle la convention par laquelle la femme s'obligera à livrer au mari le produit de son travail ; sera impossible, en droit, la transformation de biens réservés légaux en biens matrimoniaux. Et puis, s'il est un principe d'ordre public vraiment supérieur, c'est celui qui consiste dans l'impossibilité édictée au profit de la femme de renoncer irrévocablement par contrat de mariage à ses gains et à ses économies qui sont, pour l'éducation des enfants et l'entretien du ménage un fonds de réserve dont il est d'un haut intérêt social de lui garantir, par la loi même, dans la mesure du possible, la possession. Le but de la loi étant de conférer à la femme une capacité plus étendue, il ne lui est pas permis de renoncer, par avance, aux droits qui lui sont accordés pour tomber, éventuellement, dans une situation désavantageuse.

CHAPITRE V

DROITS SUCCESSORAUX DE LA FEMME MARIÉE

I. CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES

En abordant ce domaine, la question qui se pose naturellement, c'est celle de savoir s'il est juste et équitable que la loi accorde à la femme, comme conjoint survivant, des droits sur le patrimoine du prémourant ; si, en d'autres termes, le mariage qui n'est en somme qu'une union temporaire, doit faire naître entre les époux des droits héréditaires. Poser la question c'est la résoudre. L'histoire, à chaque pas, nous montre qu'à toutes les époques le législateur s'est soucié de la protéger en lui accordant toujours un minimum de droit. Si un jurisconsulte païen définissait déjà le mariage : la mise en commun de la vie toute entière, l'intime union de deux destinées, que devait en dire le législateur chrétien? Il ne pouvait que s'inspirer de la belle parole du Christ : ,,C'est à cause de cela que l'homme quittera son père et sa mère et qu'il s'attachera à sa femme et les deux ne formeront qu'une seule chair". Et puis, Portalis viendra, dix neuf siècles plus tard, caractériser le mariage en ces termes : ,,La société de l'homme et de la femme qui s'unissent pour perpétuer leur espèce et pour s'aider, par des secours mutuels à porter le poids de la vie et pour partager leur commune destinée".

Dès lors, nous devons constater que plus la civilisation est avancée, plus aussi le législateur s'efforce d'accorder sa protection au mariage, de le sanctionner et de glorifier l'union conjugale, en restreignant à un minimum les causes de sa dissolution lorsqu'il ne l'interdit pas tout à fait. Le droit de succession a été bâti sur l'affection présumée du défunt. Alors,

serait-il juste qu'au moment où la mort vient rompre le lien qui unit si étroitement ces deux associés, l'épouse survivante voie sa situation matérielle empirer ? Serait-il équitable que lorsqu'elle est accablée par la plus cruelle des séparations elle soit exposée à tomber dans la misère et tourmentée par les difficultés de la vie matérielle ?

Si l'on accorde des droits de succession aux parents, même éloignés, si le législateur entend faire le testament de celui qui n'a pas jugé bon de le faire lui-même, en présumant différents degrés dans l'affection du défunt, on nous permettra de demander s'il ne faut pas à plus juste titre encore présumer l'affection chez ceux qui se sont choisis pour vivre la même vie et qui ont appelé sur leur union la consécration de la loi et les bénédictions de la religion ? Sans développer ici les objections découlant du régime matrimonial, du droit pour les époux de s'avantager par donation ou testament, de l'obligation imposée aux enfants de fournir des aliments au survivant ; s'il est vrai que la mort délie le survivant de ses trois devoirs de fidélité, de secours et d'assistance, parce qu'en même temps elle affranchit le prémourant des sentiments et des besoins qui étaient la source de ses droits, elle ne délie pas celui-ci du devoir de secours qu'après lui les héritiers ou sa succession peuvent remplir : pour l'épouse survivante, le besoin demeure et s'aggravera avec l'âge : dès lors, le droit ne s'éteint pas pour elle. Au surplus la pensée maîtresse à la base de ce droit de succession repose sur un grand intérêt d'ordre public, et non pas sur des droits purement privés et cet intérêt se rattache au principe même du mariage, auquel remonte la famille. Le but poursuivi est d'honorer le mariage par cette manifestation légale des gains de survie que nous trouvons consacrés par la législation et les coutumes dans les siècles antérieurs.

Que l'on considère deux époux. Leur existence a été modeste ; ils ont vécu ensemble dans une union heureuse et obscure ; l'un décède et dans cette existence à deux, modeste et non tourmentée, les regrets sont peut-être plus vifs que dans des situations plus élevées. La mort a brisé le lien et impose la séparation. Mais n'est-il rien resté des obligations antérieures ? Que signifie cette expression légale de veuve qui a été trans-

mise du droit romain : la maison est vide et le cœur n'est plein que de souvenirs !

Quel est ce conjoint que vous appelez la veuve qui pleure, si elle n'est pas la personnification de cette union brisée, s'il ne reste rien du mariage, si tout a disparu en même temps que celui qu'elle aimait ? Ce n'est pas là seulement une question de succession, une question d'hérédité, c'est la famille qu'il faut honorer dans son principe. C'est le mariage qu'il faut élever bien haut ; il faut que tous — et ceux-là surtout qui sont spiritualistes — sachent et comprennent que la mort ne fait pas tout disparaître ; il faut que les enfants dont le père est mort voient dans leur mère le représentant isolé de cette famille dans laquelle ils ont vécu, qui leur a donné l'existence, l'entretien, l'éducation. Il faut qu'il la respecte non seulement comme mère, mais comme veuve, parce qu'elle est bien la personnification de cette union sainte qui doit être glorifiée par la loi, qui doit être un symbole qui se manifeste par un droit successoral que la loi saura créer, à défaut de testament. Tel doit être l'argument décisif. Disons à l'honneur du législateur fédéral qu'il a dès le principe admis le droit de succession du conjoint survivant. M. Huber disait déjà dans son exposé des motifs : „Si notre conscience juridique moderne associe étroitement l'époux à la famille constituée par l'union conjugale, la conséquence naturelle en est que le conjoint survivant ne peut plus être exclu de tout droit à la succession du prédécédé.

Ce droit de succession de l'épouse survivante s'exercera sur les biens du prédécédé qui restent après l'exercice des droits dérivant du régime matrimonial, c'est-à-dire : dans l'union des biens, sur les propres et la part du bénéfice ; dans la communauté, sur la moitié ou une quote part conventionnelle du patrimoine commun et dans le régime de la séparation de biens, sur les propres du défunt. Quoique, en principe, le droit de succession de l'épouse survivante soit organisé partout de même, il diffère donc d'étendue suivant les régimes. Dans tous les régimes, il porte aussi sur les biens réservés du mari prédécédé [1]). Et maintenant envisageons sans plus tarder la situation juridique de la femme mariée au point de vue de ses droits successoraux.

[1]) Piaget, p. 107 et suiv.

II. DROIT VALAISAN

La législation valaisanne accordait à la femme mariée, comme conjoint survivant, un droit de succession ab intestat, soit à défaut de parents au degré successible, soit en concurrence avec eux. Ce droit pouvait être ou un droit d'usufruit ou un droit de succession. Le premier de ces droits, elle l'exerçait en concurrence avec les héritiers, soit testamentaires, soit ab intestat, tant réguliers qu'irréguliers ; le second, elle ne l'exerçait qu'à défaut de ces héritiers. Mais elle ne pouvait exercer l'un et l'autre de ces droits que si le mariage avait été validement contracté.

Qu'elle était la quotité de l'usufruit ? Lorsque le mari prédécédé laissait des enfants légitimes ou légitimés, le Code civil valaisan accordait à la femme l'usufruit de la moitié de ses biens. A défaut de ces enfants, l'usufruit s'étendait sur la totalité des biens. Cet usufruit ne pouvait porter que sur les biens que le mari prédécédé possédait en toute propriété et jouissance au moment de son décès. L'usufruit accordé à la femme était réduit de moitié si elle convolait en secondes noces. Il en était de même dans le cas où elle menait une vie déréglée. La femme ne pouvait en aucun cas prétendre à l'usufruit des biens dont le mari prédécédé avait la nue propriété au moment de son décès ; toute stipulation contraire était nulle. Les donations entre vifs ou testamentaires faites par le mari prédécédé ne pouvaient pas réduire l'usufruit de l'épouse survivante au delà de moitié de celui qui lui eût appartenu, si aucune disposition n'eut été faite. Pour régler l'étendue de l'usufruit de l'épouse survivante, il fallait réunir fictivement les biens donnés entre vifs à ceux existant au décès et il y avait même lieu à exercer un recours sur les biens donnés entre vifs, lorsqu'il résultait de cette réunion que par suite de ces donations l'usufruit avait été réduit au delà de moitié.

Lorsque le défunt ne laissait ni parents successibles dans l'une ou l'autre ligne, ni enfants naturels, sa succession appar-

tenait à sa femme qui lui survivait. L'esprit de cette disposition légale était de l'appeler à la succession de préférence à l'Etat, à défaut de tous autres héritiers réguliers ou irréguliers.

D'autre part, la femme qui ayant eu des enfants d'un mariage en contractait un nouveau, perdait au profit des enfants qu'elle avait eus avec l'époux donateur prédécédé, la nue propriété de tout ce qu'elle avait reçu de la libéralité de ce dernier ; elle n'en recouvrait pas la propriété, même en cas de prédécès des dits enfants. En revanche, elle en conservait la propriété lorsque l'époux prédécédé l'avait expressément déclaré, soit dans les conventions matrimoniales, soit par acte de dernière volonté, lors même qu'elle contracterait un nouveau mariage. Enfin, le mari ne pouvait priver son épouse survivante de plus de la moitié de son droit [1]).

III. DROIT SUISSE

Il reste maintenant à voir comment notre Code civil règle ce droit de succession de l'épouse survivante, tel que prévu par son article 462.

Tout d'abord, quand le défunt ne laisse aucun parent au degré successible, l'épouse survivante a droit à la succession toute entière ; ensuite, la quotité de son droit varie suivant la parentèle à laquelle appartiennent les héritiers du défunt. Si elle est en concours avec les descendants du défunt, elle peut réclamer à son choix l'usufruit de la moitié ou la propriété du quart. La loi ne dit pas dans quel délai ce choix doit être fait et par conséquent dans combien de temps elle doit se prononcer entre les deux partis qu'elle lui laisse. Ce qui est certain, c'est qu'elle est tenue de choisir et que ses cohéritiers peuvent l'y contraindre en provoquant le partage et en lui faisant fixer alors un délai pour se déclarer. Une fois qu'elle a opté expressément ou tacitement elle est liée par l'attitude qu'elle a prise. Il ne reste pas moins certain que la loi aurait pu lui fixer le délai de trois mois prévu par l'article 567 du C. C. S. pour la répudiation. Car, si elle a joui de la succession sans être

[1]) Rossel p. 207.
Cropt II^me^ vol., p. 531 et suiv.

inquiétée pendant longtemps peut-être, il faudra présumer qu'elle a opté pour l'usufruit, le but du législateur étant atteint. Il a voulu en effet qu'à la mort de son mari l'épouse survivante ne voie pas sa situation empirer, mais qu'elle reste sensiblement la même. En toute éventualité, le juge pourra décider si elle a opté pour l'usufruit. C'est là une opinion personnelle que nous émettons et nous attendons que la jurisprudence vienne nous donner tort ou raison. Si elle est en concours avec des héritiers de la parentèle des père et mère ou leur postérité, elle a droit au quart en propriété et aux trois quarts en usufruit. Elle n'a donc plus le droit d'opter, elle a davantage, puisqu'elle possède un droit de succession en propriété et un droit d'usufruit. Si elle est en concours avec des héritiers de la parentèle des grands parents ou leur postérité, elle a droit à la moitié en usufruit et à la moitié en propriété. On verra donc dans cette éventualité, la moitié des biens du de cujus passer en toute propriété à la famille de l'épouse survivante.

Le Tribunal fédéral a eu à trancher diverses questions se rapportant à l'art. 462 du C. C. S. Ainsi dans un arrêt de 1917, il a statué que le fait d'avoir obtenu par contrat sous l'empire de la loi ancienne la reconnaissance ou l'extension d'un droit légal que la loi nouvelle étend encore plus, ne peut être envisagé comme une renonciation à ce droit étendu consacré par la loi nouvelle. Ainsi donc la femme qui, par contrat de mariage conclu avant l'entrée en vigueur du C. C. S., s'est fait assurer l'usufruit de la moitié de la fortune du mari, conserve en cas de décès du mari survenu depuis l'entrée en vigueur du C. C. S. le droit de revendiquer la propriété du quart de la succession, droit que lui confère l'art. 462 du C. C. S., à la différence de la législation cantonale sous l'empire de laquelle le contrat de mariage a été passé [1]). Puis, dans un arrêt de 1920, il a déclaré que lorsque le testateur a laissé à sa femme une part nettement déterminée de sa succession, la veuve ne peut prétendre à une part plus étendue, quand bien même il est constant que le testateur a voulu lui laisser tout ce dont il pouvait disposer en sa faveur, d'après le droit cantonal, sous l'empire duquel le testament a été rédigé et que le droit civil

[1]) J. T. 1917, nº 19.

suisse applicable lors du décès a augmenté cette quotité disponible. En pareil cas, la veuve ne peut pas non plus concourir avec les autres héritiers légaux pour le surplus dont le de cujus n'a pas disposé [1]).

D'autre part, l'épouse survivante peut réclamer en tout temps, au lieu de son usufruit, une rente annuelle équivalente, conformément à l'article 463 al. 1 C. C. S. Elle n'aura plus alors la jouissance en nature des biens ; elle ne touchera que les arrérages d'une rente viagère et les héritiers auront la pleine propriété des biens qui étaient soumis à l'usufruit. Une fois qu'elle aura demandé et obtenu cette conversion, elle ne pourra plus se raviser, du moins contre le gré des héritiers. C'est là en somme un droit de même valeur, mais de nature différente que le législateur lui accorde par la conversion : elle aura une créance, soit un droit personnel au lieu d'un droit réel. Ce caractère de droit purement personnel donnant à la rente quelque chose d'aléatoire, il était naturel que le législateur se préoccupât de le sauvegarder. C'est pourquoi, si ces droits devaient être mis en péril, en cas de conversion de l'usufruit, elle peut exiger que ses cohéritiers lui fournissent des sûretés, en conformité de l'article 463, al. 2 C. C. S.

En revanche, à teneur de l'art. 464 du C. C. S., à la requête de ses cohéritiers, elle est tenue de leur fournir des sûretés, si elle se remarie ou si elle met leurs droits en péril. Cette disposition est en étroite corrélation avec l'art. 760 C. C. S. prévoyant le droit du nu-propriétaire d'exiger des sûretés de la part de l'usufruitier, lorsqu'il prouve que ses droits sont mis en péril. En comparant ces deux textes, nous constatons que notre code ne fait aucune distinction de traitement entre l'usufruitière ordinaire et l'épouse usufruitière. A cet égard, le législateur aurait pu songer à la mettre au bénéfice d'une dispense générale et de nos jours, tout testateur peut et a le droit de dispenser son épouse de fournir des garanties, par une disposition de dernière volonté, puisque dans la plupart des circonstances elle offrira plus de garanties morales que tout autre héritier.

De plus, le législateur fédéral a fait de l'épouse survivante une héritière réservataire. De sérieuses objections avaient été

[1]) J. T. 1920, nº 19.

soulevées contre l'octroi de cette réserve. Mais aucune ne lui a paru suffisamment concluante. Aussi bien, après s'être demandé quelle était la nature de cette réserve et quelle devait en être la quotité, il a préféré qu'elle consistât en la propriété d'une quote part, estimant que l'épouse réduite à sa réserve, si cette dernière consistait en usufruit, serait facilement tentée d'en abuser et l'art. 471, al. 4, C. C. S. dispose que la réserve est: „Pour le conjoint survivant, de tout son droit de succession en propriété, lorsqu'il est en concours avec des héritiers légaux et de la moitié de ce droit, lorsqu'il est héritier unique".

Enfin, le législateur fédéral ne pouvait pas ignorer que de nombreuses législations avaient édicté des dispositions pour favoriser entre époux les libéralités réciproques pour cause de mort. Aussi, a-t-il été très bien inspiré en prévoyant une extension considérable du disponible au profit de l'épouse survivante à l'art. 473 du C. C. S. dont voici les termes: „L'un des conjoints peut, par disposition pour cause de mort, laisser au survivant l'usufruit de toute la part dévolue à leurs descendants communs".

„Cet usufruit tient lieu de droit de succession attribué par la loi au conjoint survivant en concours avec des descendants communs".

„Si le conjoint survivant se remarie, son usufruit est réduit de moitié".

Cette faculté pour les époux d'éviter de trop brusques changements dans la situation sociale de celui qui survit, d'y apporter par disposition pour cause de mort un remède et de faire en sorte que la position du survivant soit sensiblement la même après le décès de l'un d'eux a été sanctionnée par la disposition ci-dessus relatée. Elle consacre une exception à l'art. 471, al. 1, en ce sens que les descendants communs ne pourront jamais prétendre que cet usufruit, légué à l'épouse survivante sur toute leur part à la succession, porte atteinte à leur réserve.

Nous voulons encore parler d'un autre genre de libéralité en faveur du conjoint survivant et qui s'applique à l'épouse survivante, soit de l'attribution des assurances en cas de décès. Aux termes de l'art. 76 de la loi fédérale sur le contrat d'assurance du 2 avril 1908, le preneur d'assurance a le droit de

désigner un tiers comme bénéficiaire sans l'assentiment de l'assureur. Or il arrive fréquemment que le mari lors de son mariage, contracte sur sa tête une assurance sur la vie en désignant son épouse comme bénéficiaire. Quelle est la nature juridique de cette clause? C'est sans nul doute une donation entre vifs sous condition suspensive de la mort ou du terme et, sauf renonciation du preneur, sous condition résolutoire de révocation. C'est une donation entre vifs, car cette clause confère au bénéficiaire un droit propre sur la créance qu'elle lui attribue. Bien plus, lorsque l'épouse survivante a été désignée comme bénéficiaire, le droit qui découle pour elle de cette désignation n'est pas soumis à l'exécution forcée au profit des créanciers du preneur conformément aux art. 78 et 80 de la loi précitée. D'autre part, la donation n'est faite que sous condition suspensive: la bénéficiaire ne doit toucher le capital qu'à la mort du preneur et si elle lui survit et au terme fixé, s'il s'agit d'une assurance mixte; à teneur de l'art. 77 de la même loi, le preneur peut, même lorsque un tiers est désigné comme bénéficiaire, disposer entre vifs ou pour cause de mort du droit qui découle de l'assurance, à moins cependant qu'il n'ait renoncé par écrit à son droit de révocation en remettant la police à la bénéficiaire, Dans cette dernière éventualité, les droits de la bénéficiaire sont définitivement acquis sous la seule condition de la mort du preneur ou de l'échéance de la police.

L'art. 527, al. 3, C. C. S. n'est pas applicable aux assurances en cas de décès. Le législateur a envisagé que l'assurance contractée au profit d'un tiers est une donation si strictement personnelle qu'il ne les a déclarées sujettes à réduction que jusqu'à concurrence de leur valeur de rachat, à teneur de l'art. 529 du C. C. S.

En cas d'insolvabilité du preneur, que fallait-il faire des droits de l'épouse bénéficiaire? Fallait-il les laisser réaliser au profit des créanciers du preneur et sacrifier ceux de la veuve survivante? Cette solution n'a pas été voulue par le législateur qui a prescrit à l'art. 81, al. 1, de la loi précitée: „Dès qu'un acte de défaut de biens est délivré contre le preneur d'assurance ou dès que celui-ci est en faillite, le conjoint ou les descendants désignés comme bénéficiaires d'une assurance sur la vie sont substitués au preneur dans le contrat, à moins qu'ils

ne refusent expressément cette substitution". Il faut réserver toutefois l'action révocatoire prévue à l'art. 285 et suivants L. P.

Le législateur est allé plus loin encore en prescrivant à l'art. 86, al. 1 et 2 de la même loi: „Si le droit qui découle d'un contrat d'assurance sur la vie conclu par le débiteur sur sa propre tête est soumis à la réalisation par voie de saisie ou de faillite, le conjoint ou les descendants peuvent, avec le consentement du débiteur, exiger que l'assurance leur soit cédée contre paiement de la valeur de rachat.

„Lorsqu'un droit de ce genre a été constitué en gage et qu'il doit être réalisé par voie de saisie ou de faillite, le conjoint ou les descendants du débiteur peuvent, avec le consentement de celui-ci, exiger que l'assurance leur soit cédée contre paiement de la créance de garantie, ou, si celle-ci est inférieure à la valeur de rachat, contre paiement de cette valeur".

Il était parfaitement équitable d'une part de protéger l'épouse bénéficiaire et d'autre part de ne pas frustrer les créanciers de la valeur de rachat de l'assurance qui, à teneur de l'art. 476, C. C. S. est une valeur active de la fortune de l'assuré, cette valeur seule devant ainsi être comprise dans sa succession.

Une question se posait encore pour le législateur: C'était celle de savoir, lorsque le preneur d'assurance avait désigné comme bénéficiaire sa veuve et ses descendants, quels devaient être les parts respectives de ceux-ci. La solution de cette question est donnée à l'art. 84, al. 1 de la loi précitée en ses termes: „Si le droit qui découle de l'assurance échoit aux descendants successibles et au conjoint survivant comme bénéficiaires, il revient pour moitié au conjoint survivant, et pour moitié aux descendants suivant leur droit de succession".

Ajoutons encore qu'à teneur de l'art. 85, l'assurance échoit au conjoint bénéficiaire, même s'il répudie la succession. On peut donc conclure que ce droit dérivant d'une assurance n'est pas à proprement parler un droit de succession, mais bien une donation par préciput et hors part et qui, comme nous le disions plus haut, tombe sous l'application de l'art. 476, du C. C. S., pour tout ce qui dépasse cette valeur de rachat [1]).

Toutes les dispositions ci-dessus relatées devront dans tous les cas ressortir leurs effets à l'égard de l'épouse survivante et comme on le voit, le législateur lui a fait une situation successorale avantageuse en l'entourant de sa sollicitude.

[1]) Piaget p. 117, 123, 124, 130, 133, 136.

CONCLUSIONS

Nous voici au terme de notre étude comparative. Chemin faisant, nous avons vu se réaliser la vérité mélancolique de l'aveu que nous faisions au début de l'historique de notre question. Et franchement, nous devons reconnaître que dans nos lois actuelles une égalité absolue pour la femme n'existe pas et ne peut pas exister dans l'état du droit en vigueur. En effet, toutes les fois que la loi prévoit une inégalité à son égard, ce n'est pas en vue de lui assigner une situation inférieure, mais bien pour consacrer l'égalité véritable en raison des inégalités de fait. Sans doute, il y a et il y aura toujours dans le monde des Messalines. Mais, en général, la femme consciente de ses, attributions est à la dévotion de son mari. Toutefois, elle n'est plus traitée par le législateur moderne, comme une petite personne d'instruction médiocre, d'intelligence bornée, comme l'être aux cheveux longs et aux idées courtes dont parle quelque part Schopenhauer. Et le miracle, c'est que les mœurs ont réparé cette injustice législative. Mais en dépit de ce progrès, le grand philosophe, revenu sur la terre et rencontrant sur son chemin la femme aux cheveux courts, pourrait-il affirmer que l'horizon de sa pensée s'est élargi?... Qu'on ne nous reproche pas notre inconstance en prétendant que nous sommes en contradictions avec nous-même. Si nous avons dit que la situation est charmante pour la femme et si, arrivé à nos conclusions qui, de page en page, se sont dégagées d'elles-mêmes, nous trouvons que la loi est encore bien imparfaite, à l'instar de toute œuvre humaine, nous nous empressons de constater que notre droit civil a fait son possible pour créer à la femme une situation meilleure que celle qui lui était assignée par le droit historique. Nous avons pu nous convaincre que sur la plupart des points l'amélioration de la condition juridique de la femme n'est pas incompatible avec le rôle que doivent remplir les institutions. Ce que nous désirons, c'est que dans le mariage où l'ordre juridique est intéressé à ce que la femme soit relativement subordonnée au mari, il ne faut pas omettre

que la base la plus solide de l'amélioration de sa condition réside et doit résider dans les mœurs. Dans ce domaine, précisément, la loi ne fait que tracer des limites pour empêcher un recul. A cet égard, notre droit civil a fait justice de la manière de voir de François Boyve: „Que la femme est en perpétuelle minorité". Constatons donc le progrès réalisé jusqu'ici avec la reconnaissance de l'individualité féminime et la disparition progressive de toute différence à raison du sexe.

Dès lors, la question se resserre et se précise et ce n'est plus de la situation de la femme en général dont il s'agit, mais du sort de la femme mariée. Ici tout s'est arrangé doucement. L'esprit de la femme, sa diplomatie instinctive, sa bonne grâce innée ont eu, peu à peu, raison de la rigidité de la loi. La confiance mutuelle des époux a élevé au-dessus des articles du code et des contrats écrits une sorte de jurisprudence du cœur qui a remédié à tous les abus. Il s'est opéré tout naturellement dans les ménages un partage silencieux, facile et raisonnable des attributions. Le mari a pris le ministère des affaires étrangères; c'est lui qui représente l'association au dehors; c'est lui qui la dirige vis-à-vis des tiers. La femme a gardé dans son lot le ministère de l'intérieur et elle s'est aquittée avec tant de bonheur de sa tâche domestique qu'elle a reçu de l'usage sinon de la loi ce beau titre de maîtresse de maison où s'affirme la revanche pacifique et glorieuse de son autorité méconnue.

L'union conjugale crée entre les époux des liens personnels et moraux et donne naissance à des rapports d'intérêts réciproques. Aussi, en confondant les habitudes le mariage tend également à confondre les intérêts; il faut une démarcation nette et durable. Le mariage crée des besoins, impose des charges auxquelles il faut pourvoir; il faut organiser une admnistration, prévenir les abus de pouvoir. Le mariage est une communauté de travaux, un échange de soins affectueux et de bons offices; il faut répartir dans une proportion équitable, les produits de cette collaboration et même favoriser la récompense de ce mutuel dévouement.

C'est pourquoi les lois doivent émaner de la conscience populaire, afin que tout homme intelligent qui a étudié les besoins de son époque, ait le sentiment qu'elles ont été comme dictées par son cœur et sa raison. Nulle imitation, nulle science,

nul effort d'imagination ne peuvent suppléer ici aux impérieuses exigences de la vie. C'est seulement par une observation patiente et réfléchie, par une initiation intime et continue à l'existence juridique du peuple qu'on parviendra à entendre un écho des voix qui affirment qu'un droit populaire ne peut se développer si ce n'est en remontant la source des traditions et des mœurs nationales. Le législateur crée le droit tel que sa conviction le lui révèle. Mais il ne lui est pas possible de se former une conviction indépendamment des réalités ambiantes. C'est en s'attachant à ce qui est, en consultant les expériences faites et les besoins de la vie qu'il murit son opinion, comme au reste, tout citoyen qui pense et qui raisonne.

Dans ce domaine étendu, le droit moderne doit individualiser, c'est-à-dire répartir les rôles entre les époux en donnant à chacun la situation que la nature des choses lui assigne. C'est justement ce que la législation valaisanne n'avait pas envisagé. Mais ce qui, sans doute, avait trompé l'auteur du code civil valaisan, sur la situation de la femme mariée, au sein de l'union conjugale, c'était l'extension du pouvoir accordé au mari. Et de fait, la tutelle maritale, vestige de la tutelle du sexe, était formellement établie. Sous une forme ou sous une autre, elle légitimait toutes les fins du mariage ; elle inspirait tout le chapitre concernant les droits et les devoirs respectifs des époux ; elle proclamait l'incapacité civile de la femme mariée avec toutes ses rigueurs et ses conséquences démoralisantes et dégradantes ; la tutelle de la mère, même déférée par testament, était soumise à la ratification de la chambre pupillaire. En cas de discussion entre époux, aucune intervention de l'autorité n'était prévue pour sauvegarder l'union conjugale, le seul remède consistant dans cette occurence à recourir à la séparation de corps.

Cette tutelle maritale avait une influence immédiate sur le droit matrimonial qui ne prévoyait que l'unique communauté d'acquêts, véritable trompe l'œil grâce auquel la femme était trop souvent dépouillée de son avoir par le mari, seigneur et maître de tout ce qui lui appartenait. En effet, la femme mariée ne pouvait ni disposer de ses biens, ni s'engager sans l'assentiment de son mari. Le code civil valaisan qui proclamait le principe de la liberté des conventions matrimoniales, retenait indirectement bien fort ce qu'il semblait octroyer généreusement,

réservant sitôt après, impérieusement, les droits du mari sur la personne et les biens de la femme; le droit successoral ne lui accordait qu'un usufruit. Avec ce système le mari pouvait s'écrier: le mariage c'est moi.

La puissance de cette institution, sa persitance s'explique par la confusion faite entre les obligations imposées par le but même de l'union conjugale et la dépendance personnelle de la femme mariée. Aussi par cette absence de distinction entre les effets du mariage quant à la personne des époux et quant à leurs biens, la législation valaisanne était surannée. Elle manquait d'humanité. Reflétant l'esprit de son époque où le droit tendait à se matérialiser, elle ne présentait aucun charme et elle choquait par son littéralisme formaliste dont la jurisprudence valaisanne n'a jamais pu se défaire complètement. Une réaction s'imposait.

C'est au droit civil suisse qu'il appartenait de résoudre cette tâche à ce double point de vue et il faut reconnaitre, d'emblée, combien le législateur a eu la main heureuse dans son entreprise. D'une part, en considérant que dans la communauté conjugale les époux sont égaux, chacun des deux ayant des droits et des devoirs réciproques; par la protection de ces droits réciproques des époux, en particulier par celle des droits de la femme à l'égard du mari, bienfait essentiel des innovations consacrées par le droit moderne; en donnant à la femme la direction du ménage, lui réservant ainsi, par une disposition formelle, la place dont elle est digne dans la famille; en lui attribuant une indépendance plus grande pour obvier aux dangers qui pourraient résider dans une puissance maritale excessive; en reconnaissant en principe, d'abord, sa capacité civile et ensuite sous toutes les réserves dictées par la nature du mariage: le droit d'exercer librement un commerce ou une industrie; le droit d'ester en justice; le droit de contracter avec son mari; en édictant des mesures protectrices de l'union conjugale, qui permettent à la femme de recourir au juge dès que le mari néglige de pourvoir à l'entretien du ménage et lorsque son bien être et son honneur sont menacés; en conférant à la veuve le droit d'être de par la loi tutrice de ses enfants mineurs; d'autre part, en adoptant le principe de l'institution d'un droit matrimonial spécial quant aux biens; impo-

sant des obligations particulières au mari et à la femme et ayant leur source dans l'essence même et le but du mariage ; en admettant le principe de la liberté des conventions matrimoniales, restreintes à l'adoption de l'un des régimes prévus par la loi ; en prévoyant un régime légal subsidiaire ; en instituant en faveur de la femme des biens réservés de par la loi créés dans tous les régimes matrimoniaux, par le produit de son travail, de son travail qu'elle administre, dont elle jouit et dont elle peut disposer à son gré ; en assurant le sort de la veuve par l'octroi d'une part importante de la succession de son conjoint ; en écartant, par tous ces moyens, certaines doctrines subversives formulées contre le mariage et donnant ainsi une place d'honneur à cette institution, le législateur fédéral — nous nous empressons de le dire — a fait une œuvre non seulement utile et salutaire, mais encore une œuvre supérieure dont l'étude méthodique et scientifique est une tâche attrayante et intéressante à laquelle nous donnons toutes nos préférences.

Les hommes passent, leurs institutions leur survivent et quelquefois leurs œuvres les suivent. Delà le soin qu'il faut mettre à les faire bonnes. Il n'est pas toujours possible d'y arriver immédiatement. Quand bien même nous avons déclaré dans notre partie historique que nous ne sommes pas très sûr que nos mœurs politiques rendent, sans retard, désirable la descente de la femme dans la mêlée, nous devons reconnaître qu'aucun progrès social, sérieux et durable n'est possible si elle n'y participe pour y aider et en bénéficier. Cette vérité en apparence banale, n'en n'a pas moins été longtemps méconnue et aujourd'hui elle est loin d'avoir atteint une réalisation parfaite. A travers et au-dessus de ses défauts de détail, nous voyons surtout la grande imperfection qui découle de notre préjugé à l'égard de celle qui, ne fût ce qu'une seule fois, a su faire valoir ses droits et manifester ses revendications. Mais qu'on ne l'oublie pas : la condition, bonne ou mauvaise, qui est réservée à la femme par les mœurs et par la loi est considérée, à juste titre, comme le critérium le plus exact du degré de civilisation d'un pays. C'est aux juristes qu'incombe la tâche, grande et belle, de poursuivre l'œuvre commencée et de travailler à l'amélioration et à la réforme des droits de la femme. Qu'importe ce qu'il y a dans leur ciel ! Ce qui importe, c'est ce qu'il y a dans leur cœur.

Et s'il y a eu le désir de la vérité, s'ils l'ont cherchée sans arrière pensée, sans retours égoïstes, sans orgueil, ce jour-là, juristes et théologiens pourront — une fois n'est pas coutume — s'unir pour célébrer ensemble la réalisation de la vieille parole de l'Evangile : „Paix sur la terre aux hommes de bonne volonté".

Et maintenant que partout la femme a conquis le droit au savoir ; qu'elle porte la curiosité de son esprit sur tous les sujets ; que non seulement les hommes ne contestent plus que ce zèle d'apprendre soit licite, mais qu'ils le favorisent ; que l'instruction de la femme est passée au rang d'intérêt public ; que sa culture est devenue la sollicitude de toute puissance enseignante et que sur la nécessité de cette éducation sont d'accord et l'Eglise et l'Etat [1]), c'est à elle aussi qu'incombe aujourd'hui plus que jamais, l'obligation morale de faire règner, par la sincérité de ses sentiments, par la fidélité à sa mission, par son amour de l'idéal dans lequel elle est en connexion et en communauté, la paix au foyer. Le mariage étant toute une vie d'union intime, commencée déjà par les fiançailles, elle ne doit pas faire du toit conjugal une de « ces jolies rencontres où la femme, oiseau de passage, après la dernière becquetée de baisers, lustre ses plumes et s'envole », pour nous servir de l'expression des frères Marguerite, mais bien une ravissante demeure fleurie, baignée de confiance mutuelle, où l'homme ait l'heureuse certitude de trouver, en sa compagne, une tranquille, une véritable amie...

[1]) Etienne Lamy, page 4.

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE HISTORIQUE

LA CONDITION DE LA FEMME MARIÉE

CHAPITRE UNIQUE

Pages

I. Droit grec 7
II. Droit romain 9
III. Droit germanique 14
IV. Droit valaisan 25
V. Droit de la révolution 26
VI. Droit suisse 28
VII. Droit moderne 31
VIII. Droit public et administration 37

PARTIE DOGMATIQUE

CHAPITRE I

CONDITION DE LA FEMME MARIÉE AU SEIN DE L'UNION CONJUGALE

I. Le rapport personnel des époux 41

CHAPITRE II

CAPACITÉ JURIDIQUE ET CAPACITÉ CIVILE DE LA FEMME MARIÉE.

I. Principes généraux 48
II. Le nom de la femme mariée 50
III. Le droit de cité de la femme mariée. 53
IV. Le domicile légal de la femme mariée 55
V. Obligation d'entretien de la femme mariée 58
VI. Puissance tutélaire et puissance paternelle de la femme mariée 61

CHAPITRE III

CAPACITÉ DE LA FEMME MARIÉE

I. Droit civil valaisan 65
II. Droit civil suisse 68

CHAPITRE IV

RÉGIME MATRIMONIAL

I. Droit civil valaisan 87
II. Droit civil suisse 93

CHAPITRE V

DROITS SUCCESSORAUX DE LA FEMME MARIÉE

I. Considérations générales 103
II. Droit civil valaisan 106
III. Droit civil suisse 107

CONCLUSIONS 113

PRINCIPAUX OUVRAGES CONSULTÉS

Abréviations	
Bibl. Univers.	Bibliothèque Universelle.
Bridel	La femme et le droit (1884). Trois études sociales (1905). La puissance maritale.
Brissaud	Manuel d'histoire du droit privé.
Bull. sten.	Bulletin Sténographique des Chambres fédérales.
Burckhardt	Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung, 29. Mai 1874.
Caflisch	Die Familie als Gemeinschaft und Genossenschaft.
Cropt	Elementa juris Romano Valesii.
Cropt	Théorie du Code civil du Valais.
Dalloz	Répertoire de jurisprudence.
de Coulange	La Cité antique.
Droin	Effets généraux du mariage et Régime matrimonial.
Furter	Privatrechtliche Stellung der Frau im Aargau.
Gampert	Les actes juridiques entre époux.
Gide	La condition privée de la femme mariée.
Girard	Manuel élémentaire de droit romain.
Gmür	Kommentar zum Schweiz. Zivilrecht.
Heussler	Rechtsquellen des Cantons Wallis.
Huber	Die historische Grundlage des ehelichen Güterrechts der Berner Handfeste.
Huber	System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes 4 vol.
Lamy	La femme de demain.
Letourneau	La condition de la femme dans les diverses races et civilisations.
Manuel	Manuel du droit civil suisse par Rossel et Mentha.
Martin	Etude de la loi fédérale sur la capacité civile.
Mattli	Rechts- und Handlungsfähigkeit der Ehefrau.
Message fédéral	Message du Conseil fédéral concernant le projet de code civil suisse du 28 mai 1904.
Message cantonal	Message relatif à la loi d'introduction du C. C. S. pour le canton du Valais
Moser	Privatrechtliche Stellung der Frau nach Luzerner Recht
Motifs	Exposé des motifs.
Naccary	La nationalité de la femme mariée dans les principaux pays.
Piaget	De la situation juridique et des droits successoraux du conjoint survivant.

Porret	Commentaire du code civil suisse.
Riedmatten	Un curieux point du droit civil valaisan.
Roguin	Traité de droit civil comparé.
Rossel	Manuel du droit civil de la Suisse romande.
Sauser-Hall	La nationalité en droit suisse.
Simon	L'élément intentionnel du domicile.
Stat. Val.	Statuta Valesiae.
Stauffer	Der Ehescheidungsgerichtsstand in der Schweiz.
Subilia	Les biens réservés des époux dans le code civil suisse.
Tacite	Mœurs des Germains.
Tuor	Das neue Recht.
Univ. des Ann.	Journal de l'Université des Annales, année 1910.
Utilité publique	Revue Suisse d'utilité publique, année 1917.
Viollet	Histoire du droit français.
Vogt	Le C. C. S. interprété par le Tribunal fédéral.
von Wyss	Die ehelichen Güterrechte der Schweiz.
C. C. F.	Code Civil Français.
C. C. All.	Code Civil Allemand.
c. c. v.	Code Civil Vaudois.
C. C. V.	Code Civil Valaisan.
C. C. Ital.	Code Civil Italien.
C. C. N.	Code Civil Neuchâtelois.
J. T.	Journal des Tribunaux.